

UNIVERSIDAD DE PANAMÁ SEDE VERAGUAS
VICERRECTORÍA DE INVESTIGACIÓN Y POSTGRADO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

PROGRAMA DE MAESTRÍA EN DERECHO CON ESPECIALIZACIÓN EN
DERECHO PROCESAL

*“LOS MODERNOS MEDIOS TECNOLÓGICOS DE REPRODUCCIÓN Y ARCHIVO DE
DATOS, SONIDOS E IMÁGENES Y LA DETERMINACIÓN DE SU VALOR
PROBATORIO DENTRO DEL PROCESO PENAL PANAMEÑO”.*

YAZMÍN LORENA AGRAZAL JAÉN

TESIS DE INVESTIGACIÓN PRESENTADA COMO UNO DE LOS REQUISITOS
PARA OPTAR EL GRADO DE MAGÍSTER EN DERECHO CON ESPECIALIZACIÓN
EN DERECHO PROCESAL.

PANAMÁ, REPÚBLICA DE PANAMÁ

2006

5
22 JAN 2003

DEDICATORIA

A **DIOS**, que es camino y guía de nuestros pasos.

A **mis padres**, que siempre se han alegrado por el logro de mis metas y las han sentido tuyas.

A **mi esposo e hija**, que han confiado en mí y me han brindado todo su apoyo, comprensión y amor.

Esta investigación está especialmente dedicada a todos aquellos que sienten interés por la apasionante Ciencia del Derecho y desean ofrecer su aporte.

AGRADECIMIENTO

A todos aquellos juristas que de una u otra forma han ofrecido su colaboración para hacer realidad esta investigación.

A mi directora, magíster JANETH ROVETTO, quien me brindó las herramientas necesarias para la comprensión cognoscitiva del tema analizado.

A todos gracias, ¡Dios los Bendiga!.Estarán siempre en mi corazón.

INDICE GENERAL

DEDICATORIA

AGRADECIMIENTO

RESUMEN.....	1
SUMARY.....	2
INTRODUCCIÓN.....	3

CAPÍTULO PRIMERO

EL PROBLEMA

1.1.Planteamiento del Problema.....	6
1.2. Objetivos de la Investigación.....	7
1.2.1. Objetivos Generales.....	7
1.2.2. Objetivos Específicos.....	8
1.3. Evaluación del Problema.....	9
1.4. Limitaciones de la Investigación.....	10
1.5. Justificación de la Investigación.....	10
1.6. Importancia.....	11
1.7. Aporte.....	12

CAPÍTULO SEGUNDO

GENERALIDADES EN TORNO AL DERECHO PROCESAL, LAS PRUEBAS Y EL DEBIDO PROCESO

2.1. Conceptos Fundamentales sobre el Proceso Penal.....	14
2.1.1. Naturaleza y definición.....	14
2.1.2. Instrumentalidad del Proceso Penal.....	19
2.2. Concepto de Prueba.....	20
2.2.1. Concepto de prueba en el ordenamiento jurídico panameño.....	22
2.2.2. Importancia.....	26
2.2.3 Clasificación de las pruebas.....	30
2.2.3.1. Nominadas e Innominadas.....	30
2.2.3.2. Directas e Indirectas.....	31
2.2.3.3. Históricas o Críticas.....	31
2.2.3.4. Pruebas Tasadas o Pruebas de Libre Valoración.....	32
2.2.3.5. Pruebas Preconstituídas, Simples, Constituyentes o por constituir.....	33
2.2.3.6. Pruebas judiciales o procesales, extrajudiciales o extraprocesales.....	34
2.2.3.7. Reales o Personales.....	34
2.2.3.8. Pruebas Sumarias o Controvertidas.....	35
2.2.3.9. Pruebas Admisibles e Inadmisibles, Pertinentes e Impertinentes	35

2.2.3.10. Prueba Traslada	36
2.2.3.11. Pruebas Ilícitas o Lícitas	37
2.3. Consideraciones en Torno al Derecho a la Prueba y el Debido Proceso	39
2.3.1 Naturaleza y facetas del Debido Proceso	40
2.3.2. Reconocimiento Constitucional y expresión en los Tratados Internacionales suscritos y vigentes en la República de Panamá	43
2.3.2.1 Reconocimiento constitucional del Debido Proceso	44
2.3.2.1.1. Garantía de Estabilidad y Seguridad Jurídica	45
2.3.2.1.2. Presunción de Inocencia y Medios legales para enmendar los agravios con motivo de su violación	46
2.3.2.1.3. La Inviolabilidad del Domicilio	47
2.3.2.1.4. La Inviolabilidad de Correspondencia, Documentos Privados y las Comunicaciones Telefónicas Privadas	48
2.3.2.2. Expresión en los Tratados Internacionales suscritos y vigentes en la República de Panamá	52
2.3.3. Doctrina de la Corte Suprema de Justicia sobre la Garantía del Debido Proceso Penal	56
2.4. Distinción entre Fuentes y los Medios de Prueba	59
2.4.1. Medios de pruebas consagrados en la legislación penal	64
2.4.1.1. La prueba Testimonial	65

2.4.1.2. La prueba Pericial	67
2.4.1.3. La prueba Documental.....	69
2.4.1.4. La Inspección Judicial.....	70
2.4.1.5. Prueba Indiciaria.....	71
2.4.1.6. La Flagrancia.....	73
2.4.1.7. La Confesión del imputado.....	75
2.4.1.8. El Allanamiento y Registro	77

CAPÍTULO TERCERO

MODERNOS MEDIOS DE PRUEBA

3.1 Concepto.....	81
3.2 Novedosos Medios Tecnológicos de Prueba.....	82
3.2.1. Los Registros Magnetofónicos.....	82
3.2.1.1. Naturaleza.....	84
3.2.1.2. Breve Reseña Histórica.....	86
3.2.2 El Audiovisual como medio de prueba.....	95
3.2.2.1. Noción de Medios Audiovisuales.....	95

3.2.2.2. Comparación del audiovisual con otros medios de pruebas “tradicionales”.....	97
3.2.2.2.1.Documento.....	97
3.2.2.2.2.La Inspección Judicial.....	99
3.2.2.3. La utilización dentro del proceso.....	100
3.2.3. Instrumentos modernos de Archivo de Datos.....	101
2.3.3.1. Documento Electrónico y su uso en el proceso....	106

CAPÍTULO CUARTO

VALOR PROBATORIO DE LOS MODERNOS MEDIOS TECNOLÓGICOS DE PRUEBA

4.1 Definición de Valoración de la Prueba.....	111
4.2. Clasificación de los Sistemas de Apreciación de la Prueba.....	112
4.2.1.Prueba Legal o Tarifa Legal.....	112
4.2.2.Libre Apreciación o Sistema de la íntima Convicción.....	114
4.2.3 Sana Crítica.....	115
4.3. Valoración de las pruebas obtenidas por medios tecnológicos.....	118

4.3.1. Análisis de la valoración de los modernos medios tecnológicos de pruebas estudiados.....	122
4.3.1.1. Valoración de las grabaciones sonoras.....	123
4.3.1.2. Valoración de los vídeo filmaciones como medio de prueba.....	135
4.3.1.3. Sistemas modernos de reproducción y archivo de datos.....	139
ASPECTOS METODOLÓGICOS.....	145
RESULTADOS Y DISCUSIÓN.....	170
CONCLUSIÓN.....	172
RECOMENDACIÓN.....	179
BIBLIOGRAFÍA.....	184
ANEXO.....	189

ANEXOS

Anexo.1. Cuestionario aplicado a los funcionarios judiciales del Segundo Distrito Judicial –sede Penonomé.

Anexo 2. Cuestionario aplicado a los funcionarios del Ministerio Público de Coclé.

Anexo 3. Cuestionario aplicado a los abogados litigantes del circuito judicial de Coclé.

Anexo 4. Jurisprudencia sobre intervenciones telefónicas

INDICE DE TABLAS

TABLA	TITULO	PAGINA
I	Porcentaje de uso de prueba de vídeo filmaciones por abogados litigantes de Coclé.	150
II	Porcentaje de uso de grabaciones sonoras en los proceso penales por abogados litigantes de Coclé	150
III	Porcentaje de uso de archivos de datos por abogados litigantes de Coclé	151
IV	Total de encuestados que consideran se debe regular el uso de las pruebas tecnológicas.	151

INDICE DE GRÁFICAS

GRAFICO	TÍTULO	PAGINA
I	Uso de modernos medios tecnológicos de pruebas- de Vídeo Filmaciones por funcionarios judiciales del Segundo Distrito Judicial.	152
II	Uso de modernos medios tecnológicos de pruebas- grabaciones sonoras por funcionarios judiciales del Segundo Distrito Judicial.	153
III	Uso de modernos medios tecnológicos de pruebas- archivo de datos , por funcionarios judiciales de Coclé	154
IV	Valor de los modernos medios tecnológicos de pruebas dentro del proceso penal_ contribución a descubrir la verdad. Encuesta aplicada a funcionarios judiciales del Segundo Distrito Judicial.	155
V	Valor de los modernos medios tecnológicos de pruebas dentro del proceso penal_ Regulación de su uso en el Código Judicial. Encuesta funcionarios judiciales de Coclé.	156
VI	Valor de los modernos medios tecnológicos de pruebas dentro del proceso penal_ Necesidad de Regular su uso. Encuesta funcionarios judiciales de Coclé.	157

VII	Valor de los modernos medios tecnológicos de pruebas dentro del proceso penal_ Requisitos de validez. Funcionarios judiciales de Coclé.	158
VIII	Uso de modernos medios tecnológicos de pruebas- de Vídeo Filmaciones por el Ministerio Público-Coclé	159
IX	Uso de modernos medios tecnológicos de pruebas- grabaciones sonoras por el Ministerio Público-Coclé.	160
X	Uso de modernos medios tecnológicos de pruebas- archivo de datos por el Ministerio Público-Coclé	161
XI	Valor de los modernos medios tecnológicos de pruebas dentro del proceso penal_ contribución a descubrir la verdad. Encuesta aplicada a funcionarios del Ministerio Público-Coclé.	162
XII	Valor de los modernos medios tecnológicos de pruebas dentro del proceso penal_ <i>Regulación</i> en el Código Judicial. Encuesta aplicada a funcionarios del Ministerio Público- Coclé.	163
XIII	Valor de los modernos medios tecnológicos de pruebas dentro del proceso penal_ <i>Necesidad de regular su uso.</i> Encuesta aplicada a funcionarios del Ministerio Público- Coclé.	164
XIV	Valor de los modernos medios tecnológicos de pruebas dentro del proceso penal_ Valoración por el Juez Penal. Encuesta aplicada a funcionarios del Ministerio Público- Coclé.	165

XV	Valor de los modernos medios tecnológicos de pruebas dentro del proceso penal_ Contribución a descubrir la verdad material en los proceso penales. Encuesta aplicada a <i>abogados litigantes</i> - Coclé.	166
XVI	Valor de los modernos medios tecnológicos de pruebas dentro del proceso penal. Regulación en el Código Judicial. Encuesta aplicada a abogados litigantes - Coclé.	167
XVII	Valor de los modernos medios tecnológicos de pruebas dentro del proceso penal. Necesidad de regular su uso. Encuesta aplicada a abogados litigantes - Coclé.	168
XVIII	Valor de los modernos medios tecnológicos de pruebas dentro del proceso penal_ Reciben valoración del Juez Penal al dictar sentencia. Encuesta aplicada a Abogados Litigantes Coclé.	169

RESUMEN

“LOS MODERNOS MEDIOS TECNOLÓGICOS DE REPRODUCCIÓN Y ARCHIVO DE DATOS, SONIDOS E IMÁGENES Y LA DETERMINACIÓN DE SU VALOR PROBATORIO DENTRO DEL PROCESO PENAL PANAMEÑO”.

Los avances tecnológicos de las últimas décadas han aportado a la ciencia de la investigación y al sistema probatorio del proceso judicial, en general, nuevas técnicas de acreditación de los hechos, objeto de controversia. Los adelantos tecnológicos se han producido en forma tan acelerada, que han tenido cierta resistencia tanto de los juzgadores como de las partes del proceso e incluso de los parlamentarios, ya que no se legisla sobre el particular y dentro de nuestro ordenamiento jurídico es tan sólo con cierta previsión de futuro que se contempla como prueba “cualquier otro medio racional que sirva a la formación de la convicción del Juez, siempre que no estén expresamente prohibidos por la ley, ni violen derechos humanos, ni sean contrarios a la moral o al orden público”(artículo 2046 del Código Judicial). Esto nos orienta hacia el estudio del tema de la prueba, limitado concretamente a la utilización de medios y soportes técnicos para la reproducción y archivo de imágenes, sonidos y datos. Nuestra legislación deja abierta la posibilidad del uso de las tecnologías en la investigación de los hechos delictivos, lo que implica una labor de apreciación de la prueba. Los Jueces panameños aplican la sana crítica, lo que conlleva que para la valoración de las mismas recurren al análisis de elementos presentes en éstas tales como: su integridad, inalterabilidad, veracidad y exactitud. Para el desarrollo investigativo se tomó en cuenta: las posiciones de la doctrina nacional y extranjera, los jueces penales, funcionarios judiciales, la jurisprudencia nacional y de otras latitudes, referente al tema. La información de campo obtenida arrojó la realidad existente, en torno a la utilización de medios tecnológicos de reproducción y archivo de imágenes, sonidos, datos y su valor probatorio dentro del proceso penal, en el sentido de que demostró que a pesar de que tanto los Abogados litigantes, como el Ministerio Público y los Jueces son del criterio de que el uso de las pruebas tecnológicas contribuye a descubrir la verdad de los procesos penales, nunca o pocas veces los utilizan. De igual manera, consideran que deben ser regulados en el Código Judicial, libro III sobre procedimiento Penal en aspectos de proposición, admisión y valoración. Igualmente, los usuarios del sistema estiman que los modernos medios tecnológicos, sí son valorados por el juez penal al dictar sentencia, lo que concuerda con el criterio de los jueces y magistrados, en el sentido de considerar que los medios tecnológicos estudiados cumplen requisitos para ser valorados: validez, integridad, veracidad y exactitud.

Palabras Claves: Derecho Procesal Penal, Pruebas, pruebas tecnológicas, valor probatorio.

SUMMARY

“THE MODERN TECHNOLOGICAL MEANS OF REPRODUCTION AND FILE OF IMAGES, SOUNDS, DATA AND THEIR PROBATORY VALUE INSIDE THE PENAL PROCESS.”

The technological advances of the last decades have contributed to the science of the investigation and the probatory system of the judicial process, in general, new techniques of accreditation of the facts, object of controversy. The technological advances have taken place in form so quick that you/they have had certain so much resistance of the judges like of the parts of the process and even of the parliamentarian, since it is not legislated on the matter and inside our

juridical classification it is only with certain future forecast that is contemplated like test “any other one half rational that it serves to the formation of the Judge's conviction, whenever they plows not specifically forbidden for the law, neither you violates you yourself human rights, neither be contrary to the morals or to the order public” (article 2046 of Judicial the Code). This guides us toward the study of the topic of the test, limited concretely to the use of means and technical supports for the reproduction and file of images, sounds and data. For the investigative development he/she took into account: the positions of the national and foreign doctrine, the penal judges, judicial officials, national jurisprudence and of other latitudes, with respect to the topic. The obtained field information, it threw the existent reality, around the use of technological means of reproduction and file of images, sounds, data and their probatory value inside the penal process, in the sense that it demonstrated that although so much the litigant Lawyers, as the Public Ministry and the Judges are of the approach that the use of the technological tests contributes to discover the truth of the penal processes, never or few times they use them. In a same way, they consider that they should be regulated in the Judicial Code, I liberate III on Penal procedure in proposition aspects, admission and valuation. As for the valuation, the litigant lawyers estimate that the modern technological means, yes they are valued by the penal judge when dictating sentence, what agrees with the approach of the judges and magistrates, in the sense of considering that the studied technological means complete requirements to be valued: validity, integrity, truthfulness and accuracy.

Key words: penal procedural right, proves, it proves technological, probatory value.

INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas se han producido creaciones tecnológicas que pudieran ser utilizadas en las investigaciones penales. Aunado a ello, la criminalidad está cada vez más perfeccionada, lo que lleva a que la justicia también avance en el uso de nuevos medios de prueba para hacer frente a la delincuencia organizada.

El presente trabajo permite conocer los modernos medios de reproducción y archivo de datos, sonidos e imágenes, utilizados como prueba, para destacar su valor probatorio en el proceso penal panameño.

Este estudio se estructura en cuatro capítulos, destinados en primer lugar a exponer el problema objeto de la investigación y a sustentar la necesidad de su investigación. Posteriormente, se establecen los objetivos generales y específicos, la evaluación del problema, las limitaciones, justificación, importancia y aporte de la investigación.

El segundo Capítulo corresponde al estudio de conceptos fundamentales del proceso penal, que comprende la revisión bibliográfica de doctrina nacional y extranjera. Igualmente, se expone el concepto de prueba, su clasificación y se analizan los medios de pruebas consagrados en la ley penal.

Es en el tercer capítulo donde se estudian las modernas tecnologías ingenieras para archivar y reproducir sonidos, imágenes y datos. Se inicia con el estudio de los registros magnetofónicos, se continúa el audiovisual y posteriormente finaliza con los documentos informáticos.

La definición y valoración de la prueba es material del cuarto capítulo. Además se estudia la clasificación de los sistemas de apreciación de la prueba y, en forma exhaustiva, se analiza la valoración de las pruebas obtenidas por medios tecnológicos.

Seguidamente, se efectúa el análisis e interpretación de los resultados obtenidos y se muestran las tablas y gráficas correspondientes.

Posteriormente, se presentan las conclusiones y recomendaciones, producto de la investigación.

Finalmente, se da a conocer las fuentes bibliográficas utilizadas en el desarrollo del tema de investigación y anexos sobre jurisprudencia en esta materia.

Espero, que esta investigación, producto de nuestro esfuerzo, sea de gran interés para los lectores y además, constituya un gran aporte para investigaciones futuras.

CAPÍTULO PRIMERO

EL PROBLEMA

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En las últimas décadas se han producido grandes logros tecnológicos que constituyen valiosos aportes a la ciencia de la investigación y al sistema probatorio del proceso judicial. Los modernos medios tecnológicos de reproducción y archivo de datos, sonidos e imágenes, desde el punto de vista del derecho procesal, y particularmente para el Proceso Penal, representan un excelente aporte que permite esclarecer y explicar los hechos delictivos.

La ley procesal penal, en su título II Sumario, capítulo II Investigación de los Hechos establece:

“artículo 2046. El hecho punible se comprueba con el examen que se haga, por facultativos o peritos de las personas, huellas, documentos, rastros o señales que haya dejado el hecho, o con deposiciones de testigos que hayan visto o sepan de otro modo, la perpetración del mismo hecho o con indicios, medios científicos o cualquier otro medio racional que sirva a la formación de la convicción del Juez, siempre que no estén expresamente prohibidos por la ley, ni violen derechos humanos, ni sean contrarios a la moral o al orden público.”

Como vemos, el ordenamiento jurídico permite que para la comprobación del hecho punible, además de realizarse con el examen de facultativos o peritos, prevee la utilización de cualquier otro **medio racional que sirva a la formación de la convicción del juez**, siempre que no estén prohibidos por la ley, ni violen derechos humanos, ni sean contrarios a la moral o al orden público.

De lo anterior se colige, que con previsión futurista, el legislador intenta regular el uso de aquellos posibles medios racionales de prueba no expresamente previstos que pudieran brindar al juez certeza sobre datos relevantes del proceso.

En los países donde se acepta el sistema de libre apreciación de la prueba, los Jueces recurren para la valoración de las mismas, al análisis de sus elementos: integridad, inalterabilidad, veracidad y exactitud. Dada la utilidad que representan las pruebas tecnológicas, es innegable que puedan llegar a cumplir e incluso a superar estos requisitos, sobretodo los de integridad e inalterabilidad.

Ante los constantes avances de la tecnología, con consecuencias en el ámbito procesal, nos proponemos determinar cuáles son los modernos medios tecnológicos de reproducción y archivo de datos, sonidos e imágenes utilizados para esclarecer y explicar los hechos delictivos y qué valor probatorio se les reconoce en el proceso penal panameño.

1.2. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

1.2.1. OBJETIVO GENERAL

El objetivo general de esta investigación es conocer los modernos medios tecnológicos utilizados como prueba, destacando su valor probatorio en el proceso penal panameño.

1.2.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Definir qué es la prueba y en qué consiste el derecho a las pruebas.
- Determinar qué son los medios tecnológicos de reproducción y archivo de datos, sonidos e imágenes.
- Identificar qué medios tecnológicos se utilizan como prueba en el proceso penal.
- Establecer cuál es la finalidad de la prueba en el proceso penal.
- Analizar el valor probatorio que se le otorga a los medios modernos tecnológicos de reproducción y archivo de datos, sonidos e imágenes.
- Estudiar lo que establece la doctrina y la jurisprudencia con relación a esta materia.

1.3. EVALUACIÓN DEL PROBLEMA

Las pruebas, según el doctor Oswaldo Parrilli Araujo¹; "son los actos jurídicos procesales en que intervienen las partes y el juez, en su pretensión de buscar las causas o explicaciones que conduzcan a esclarecer los hechos para proporcionar al

¹ -PARILLI ARAUJO, Oswaldo. "La Prueba y sus Medios Escritos". Segunda Edición, 1997. Mobil Libros

juzgador una verdadera convicción sobre esos acontecimientos, permitiéndole decidir, a través del raciocinio, el conflicto que se ha desarrollado en el proceso". Tomando en cuenta la siguiente premisa se puede iniciar por señalar la importancia de lo que es el medio de prueba y su forma de evacuación en el proceso, puesto que son ellas las que van a dirigir al sentenciador a la investigación de los hechos para lograr una decisión justa y diligente.

Dada la importancia de la prueba, el legislador proveyó un medio de pruebas libres, las cuales podrían ser traídas al proceso, siempre y cuando éstas respeten los principios constitucionales y los del derecho probatorio, siempre y cuando sean eficaces por su pertinencia, consentidas por la ley y por supuestos legales o legítimas. Esto siempre en pro de la búsqueda de la verdad en base al principio de necesidad de la prueba, en el sentido de que al juez se le proporcionen todos los recursos suficientes que le permitan tener la convicción y así dictar sentencia.

Esos medios de pruebas libres, ya anteriormente citados surgen como una brecha en la proporción de suficientes medios probatorios, puesto que con la evolución del mundo tecnológico, existen creaciones novedosas que podrían servir como instrumentos de pruebas.

En este trabajo de investigación se va a realizar un estudio exhaustivo acerca de los modernos medios tecnológicos de reproducción y archivo de datos, sonidos e imágenes, cuya producción y reproducción en el proceso no están detalladamente establecidas, procurando establecer cuál es su valor probatorio.

1.4. LIMITACIONES DE LA INVESTIGACIÓN

Lo novedoso del tema de investigación conlleva dificultad de bibliografía de autores nacionales, sin embargo encontramos que tanto la doctrina y legislación extranjera desarrollan esta importante temática.

Igualmente, el desarrollo de la investigación debe ser realizado dentro del tiempo asignado por el reglamento de tesis y, en cuanto al aspecto financiero, se efectuará con recursos económicos propios.

1.5. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

Tal y como ya se señaló, es innegable que el avance tecnológico está inserto en el campo del derecho procesal y se cuenta con la tecnología idónea que puede emplearse como medio probatorio en cualquier procedimiento, particularmente en el proceso penal.

El estudio que se presenta, resulta importante y beneficioso, puesto que a través de un aporte significativo de doctrina, confrontada con la ley procesal y la jurisprudencia, nos permite determinar que nuevos elementos conformen la relación de medios probatorios. Lo anterior, nos lleva a plantearnos ¿Qué naturaleza tienen los “medios tecnológicos”? ¿Es algo realmente distinto a un documento? En vista de que se ha venido estimando que la aplicación a un elemento del calificativo documental, no está condicionado a por su forma sino por lo que es capaz de aportar, que al provenir del

verbo latino *docere* nos ofrece una significación de “enseñar o mostrar” permisiva de su aplicación a todo aquello capaz de incorporar datos que el juez puede obtener, no sólo de su lectura sino también por su visión o audición.

Nuestra legislación deja abierta la posibilidad al uso de las tecnologías en la investigación de los hechos delictivos, lo que implica una labor de apreciación de la prueba.

Los Jueces panameños aplican la sana crítica, lo que conlleva que para la valoración de éstas, recurren al análisis de algunos elementos: integridad, inalterabilidad, veracidad y exactitud. Es por ello, que el propósito de nuestro ensayo es el de determinar “cuáles son estos modernos medios tecnológicos de prueba”, de allí que es necesario establecer, que las pruebas obtenidas por estos medios pueden llegar a cumplir los elementos arriba anotados y obtener “valor dentro del proceso penal panameño”.

1.6. IMPORTANCIA

Con este trabajo de investigación se espera conocer las distintas posiciones de la doctrina sobre el establecimiento de modernos medios tecnológicos de reproducción y archivo de datos, sonidos e imágenes y la determinación de su valor probatorio en el proceso penal panameño. Para lograr este objetivo se efectuará un análisis acerca de los pronunciamientos de la jurisprudencia nacional y extranjera acerca

del tema, la opinión de jueces, funcionarios judiciales, personeros, fiscales y expertos en la materia.

1.7. APORTE

Nuestro aporte consiste en compilar, en este ensayo, la doctrina y jurisprudencia que con respecto al tema existen. Tomando en cuenta un criterio objetivo, basado no sólo en la investigación realizada, sino en el trabajo de campo efectuado, abordamos a las conclusiones de la investigación, las que se dirigen a abogados, jueces, funcionarios y estudiantes de derecho, puesto que se hace imprescindible que tanto los estudiantes como los profesionales del derecho y aún más, los jueces y funcionarios del sistema judicial, cuenten con una preparación técnica que les permita comprender los límites y capacidades de toda la tecnología. Aspiramos a que empleen con facilidad y sin complicaciones aquellos instrumentos con los cuales ocurre todo este flujo de información; de manera que puedan establecer una adecuada valoración de estos medios.

CAPÍTULO SEGUNDO

GENERALIDADES EN TORNO AL PROCESO PENAL, LAS PRUEBAS Y EL DEBIDO PROCESO

2. GENERALIDADES EN TORNO AL PROCESO PENAL, LAS PRUEBAS Y EL DEBIDO PROCESO

Tarea ineludible es referirse a los conceptos fundamentales del Proceso Penal. Indefectiblemente hacer referencia a aspectos fundamentales del mismo.

2.1 Conceptos Fundamentales sobre el Proceso Penal

En la doctrina del derecho procesal abundan definiciones, algunas simplistas, otras complejas, que introducen en su contenido elementos que hacen relación al proceso penal. Así vemos que hay autores que estiman que el Proceso Penal obedece, para efectos de su significación a la concepción que de su naturaleza se tiene.

2.1.1. Naturaleza y Definición

Algunas definiciones relacionadas con el concepto de Derecho se fundamentan en la **Teoría de la Relación Jurídica**, desarrollada por el alemán OSKAR VON BULOW, pensamiento que se difundió en el año de 1868. El concepto que del proceso penal posee la Teoría de la Relación Jurídica no es otro que la intervención jurisdiccional en cada uno de los actos que conforman el proceso, aunque las partes, el juez y demás sujetos que intervienen en el proceso desenvuelvan una multiplicidad de actividades, todos están relacionados con una finalidad común: la aplicación del Derecho Sustantivo o Material Penal, y entre éstos existen nexos y ligámenes de carácter jurídico, previamente establecidos por la ley, siendo ésta la que confiere, atribuye u otorga los derechos y obligaciones recíprocas a cada parte, surgiendo así los caracteres de esa

relación: pública, autónoma y compleja. Como seguidores de esta doctrina se menciona a COUTURE, ALSINA y GUASP.

Por otra parte, los defensores de la teoría de la “**Situación Jurídica**”, sostienen que a cada uno de los sujetos del proceso le son atribuidas o reconocidas, por medio de la ley, una serie de determinadas funciones proyectadas a precisar o determinar el desarrollo del proceso, incluso a influir en su resultado, es decir, en la producción de la sentencia. Esta teoría establece que de esas determinadas funciones, propias del comportamiento procesal de las partes, surgen posiciones subjetivas que no ameritan otros nombres que los de: derechos, deberes, facultades, poderes, cargas y sujeciones procesales. La teoría de GOLDSCHMIDT, formulada en su obra **El proceso como situación jurídica** establece que: las normas jurídicas presentan una doble naturaleza, por una parte son imperativos para el ciudadano o particular y determinan, en ese sentido, los actos del hombre fuera del juicio o proceso. Es por ello que se sostiene que en materia de Derecho Privado, el particular puede hacer todo aquello en cuanto la ley no se lo prohíba: resultando luego que la ley lo autoriza a exigir, a dar, hacer, no hacer, a optar o no optar, conforme a un derecho o una facultad prevista en la ley. Por otra parte la otra naturaleza consiste en que las normas jurídicas son vistas, en sí mismas como medidas o limitaciones para el juicio, fallo, veredicto o sentencia del juez y desde esta óptica (ley procesal) es de estimar que es esa naturaleza la que le sirve de base a los lazos procesales que surgen entre las partes. Los lazos que se constituyan entre los particulares con motivo del proceso serán expectativas de una sentencia favorable o desfavorable. En conclusión, la teoría de GOLDSCHMIDT es una coordinada exposición, conforme al

proceso de expectativas y perspectivas por cualquier parte de las que intervienen en él, de obtener un juicio o sentencia favorable al concluir éste.

Luego deviene los conceptos que del proceso penal surgen de aquellas posturas sostenidas por el maestro italiano FRANCISCO CARNELUTTI, para quien la naturaleza del proceso se circunscribe tres grandes planteamientos: **El proceso presenta una pluralidad de relaciones** de acuerdo a ello existe la naturaleza pública de la relación procesal, de la cual hay que distinguir la relación de derecho público judicial que se establece entre jueces y Estado y por otra parte, la relación jurídica procesal, eminentemente de derecho formal y que es completamente distinta o diversa de la relación jurídica sustancial. También se establece **el proceso penal como jurisdicción voluntaria**, en la que sostiene CARNELUTTI que el contenido del proceso penal no es de carácter contencioso ni un tipo intermedio entre éste y el voluntario, sino que es genuinamente un proceso no contencioso. Se ha dicho que este enfoque es inaceptable dado que el desenvolvimiento de la jurisdicción también implica, además de estar irrogado al Estado, un deber ineludible para éste en virtud del fundamento de la pretensión penal oficial o estatal sobre el principio de la indispensabilidad del proceso. **La idea el fin del proceso como composición del litigio** es lo que se ha dado en llamar la tesis teleológica de CARNELUTTI, para quien la idea del proceso está en la composición del litigio, presidido por la definición del interés que a su juicio y conforme a su teoría, es la piedra angular de su estructuración técnica del proceso.

Otra teoría del proceso, es la del **Estado de Ligamen**, que se recoge en la obra del profesor alemán WILHELM KISCH, quien advierte que el proceso no es un estado, sino una sucesión y que no corresponde hablar de datos estáticos sino siempre de datos dinámicos. En este sentido, resalta la liga o el ligamen que surge en virtud de la necesaria o indispensable cooperación o colaboración existente entre los sujetos del proceso.

Asimismo se considera que el proceso es una **entidad jurídica compleja**, cuya autoría se debe al italiano GAETANO FOSCHINI, quien sostiene que el más inmediato conocimiento que el proceso pueda ofrecer de sí mismo se hace recaer en una pluralidad de elementos: actos varios, situaciones diversas, relaciones diferentes y unidad. Es considerada una teoría eminentemente filosófica, la cual presenta aspectos propios de la realidad jurídica.

Además existe la teoría del **proceso como institución**, para la cual no obstante de coincidir con una postura liberal en reconocer la autonomía de la actividad humana, se separa de ella desde el preciso momento en que no estima como responsables o respetables otros, actos sino aquellos que no se oponen a la justicia eterna o al orden jurídico positivo que se basa en aquella. A juicio de algunos procesalistas, la teoría institucionalista del proceso penal se acopla al pensamiento contemporáneo del proceso penal que defiende los derechos consustanciales de la persona ante el proceso y que titula al debido proceso como auténtico derecho humano de ésta. PRIETO CASTRO y MIGUEL ROMERO han sido sus más acérrimos defensores.

También existe la idea del proceso como **servicio público**, sostenida por GIUSEPPE GUARNERI, la cual tiene procedencia en concepciones del Derecho Administrativo Francés, en la que se asimila la actividad jurisdiccional como servicio público, similar a cualquier otro. Sin embargo, esta teoría genera una incompatibilidad para con el proceso penal, dado que éste presenta un objeto fundamentalmente público que se inspira y sustenta en principios éticos y sociales.

La teoría del proceso como serie de actos proyectivos, la cual indica que cada acto procesal es consecuencia del anterior y antecede del que sigue y cada uno de ellos crea una situación jurídica que **per se** no tiene valor procesal alguno, sino en función o relación con la relación anterior y con la que sigue y así, sucesivamente, hasta el final. Esta teoría explica el procedimiento sin sustentar una concepción científica.

Realizado este estudio sobre las teorías del proceso penal, estimamos que su definición siempre habrá de ser eminentemente escolástica, es decir, obedecerá a una u otra teoría.

De allí que si seguimos la teoría institucionalista del derecho procesal penal, que consideramos es más adecuada a nuestra realidad nacional, podemos elaborar la siguiente definición: *derecho procesal penal es la rama de Derecho Público que regula las formas y mecanismos de cómo actúa la voluntad de la ley a un caso concreto –delito- que surge como consecuencia de un daño a la sociedad y que se encuentra dicha realización fáctica previamente descrita en una norma, que tiene como finalidad la emisión de un dictamen*

*por medio del cual se decide (favorable o desfavorable) el status procesal del acusado, que a su vez, ha surgido como consecuencia de la imputación que se le formula y conforme a la cual el Estado desenvuelve, igualmente, la pretensión penal con fundamento en el **ius puniendi**.*

2.1.2. Instrumentalidad del Proceso Penal

Una vez fijada la definición del proceso penal, toca referirnos a la instrumentalidad del mismo, entendiendo sobre todo a su función de mecanismo o medio que posibilita la realización de la norma de Derecho Penal sustancial.

Relacionado al carácter instrumental o mecanicista del Derecho Procesal Penal hay que advertir que, de ninguna manera, ello implica que sea accesorio o secundario del Derecho Penal Sustantivo, puesto tanto la doctrina como la tendencia legislativa contemporánea han puesto de relieve la autonomía del derecho procesal, asunto que consideramos escapa de toda discusión.

En conclusión, la instrumentalidad del proceso penal se encuentra determinada por el principio **nulla poena sine iudicio** (necesidad del proceso penal). La mecanicidad del proceso penal, del mismo modo, indica que se trata de un proceder, actividad o actuación regulada en la ley.

2.2. CONCEPTO DE PRUEBA

Llegado a este punto necesitamos adentrarnos en la conceptualización de la prueba judicial, por lo que abordaremos el concepto de prueba en general.

En la búsqueda de un concepto etimológico de prueba, nos apoyamos en el diccionario de Latín de Agustín Blaquez Fraile, donde indica que esta palabra proviene del latín “probatio, onis” (de “probo”) señala prueba, ensayo, examen, verificación, inspección.²

Por su parte, “probo,as,are,avi,atum” (de “probus”): verbo transitorio que en versión de los historiadores: Cayo Julio César y Tito Livio, y de los eruditos Cayo Plinio Secundo y Cayo Plinio Cecilio Secundo y el gramático, retórico e historiador Caypo Suetonio Tranquilo nos dice que significa hacer un ensayo, ensayar, probar, experimentar, examinar, verificar. Reconocer como bueno, útil.

Resulta, entonces, siguiendo a Santiago Santís Melendo y a Carrera Acosta que el concepto de prueba, como la mayoría de las voces, llega a nuestro idioma procedente del latín, el cual “probatio”, “probationis”, lo mismo que el verbo correspondiente (probo, probas, probare), vienen de “probus” que significa bueno, correcto, recto, honrado. De lo

² BLAQUZ FRAILE, Agustín. Diccionario Manual Latino-Español-Latino. Barcelona (España): Editorial Ramón Sopena , 1974, p.385.

que se deduce que *lo que resulta probado es bueno, es correcto, es auténtico, lo que responde a la realidad, es decir, probar significa verificar o demostrar autenticidad.*"³

Del concepto de prueba existe una variedad de definiciones y conceptos que sobre ella nos ofrecen los autores, dependiendo del punto de vista que se adopte. Así en un primer punto de vista **objetivo** se restringe la noción de prueba a los hechos que sirven de prueba a otros hechos, lo que sucede en la prueba indiciaria, o con un poco más de amplitud a los "objetos" que sirven de prueba, como por ejemplo el documento.

En un sentido más **general**, pero desde un punto de vista también objetivo, suele señalar que prueba es todo medio que sirve para conocer cualquier cosa o hecho, con lo cual se incluyen los "hechos", los "objetos" y también actividades como la inspección judicial, el dictamen de peritos, la declaración de un tercero, la confesión, es decir, la totalidad de los medios que pueden servir de conducto para que llegue al juez el conocimiento del asunto debatido o planteado sin litigio en cada proceso.

Es sí que desde un **tercer punto de vista, pero subjetivo**, se considera la prueba por el objeto de su resultado, esto es, como la convicción que con ella se produce en la mente del juez, sobre la realidad o verdad de los hechos que configuran el delito, el litigio o la cuestión no litigiosa, bien sea con cada medio en particular o con el conjunto de los aportados al proceso.

³ SENTIS MELENDO, Santiago. La prueba. Buenos Aires (Argentina) editorial EJE, 1979, p.33.
CARRERA ACOSTA, Benigno Humberto. Teoría General del Proceso y de la prueba, 5ª edición, Bogotá (Colombia), ediciones Gustavo Ibáñez, 1994, p. 347.

Dado que se ha reconocido que en el lenguaje jurídico procesal, no puede desligarse la noción de prueba de los medios utilizados para suministrarla, ni tampoco del fin o resultado perseguido con ella, nos dirigimos a **un cuarto punto de vista en el cual se combina** el concepto objetivo de medios tomados en conjunto, con el concepto subjetivo del resultado que con ellos se obtiene en la mente del juez, vale decir, que es una síntesis, el conjunto de motivos o razones, que de los medios aportados se deducen y que nos suministran el contenido de los hechos para los fines del proceso.

De esta forma, consideramos que la prueba es el único *instrumento que las partes pueden y deben utilizar con la finalidad de que el titular del órgano judicial adquiera la convicción acerca de un hecho o afirmación fáctica.*

2.2.1. Concepto de prueba en el ordenamiento jurídico panameño

En nuestra historia patria, desde la consagración de la República de Panamá como Estado en el año de 1903, la evolución de nuestro ordenamiento procesal penal se fundamenta en dos codificaciones, el Código Judicial de 1917 y el Código Judicial del año 1987.

En el tema de las pruebas, la última codificación – la de 1987-los medios de pruebas han dejado de ser una enumeración taxativa para convertirse en una enunciación o enumeración abierta, lo que implica la superación del sistema de “prueba tasada” o “tarifa legal”, por el sistema abierto de la prueba científica y racional.

Referente al concepto de prueba, la codificación judicial de 1917 la definió así:

“Artículo 681. Prueba es el medio de averiguar la verdad de los hechos sobre que versa el debate judicial.”

En este sentido, el sistema de la Tarifa legal que imperó en el Código del año 1917 tasaba los medios idóneos para comprobar la verdad de los hechos, de allí que en su artículo 686 establecía que las pruebas legales eran las siguientes: confesión de parte, hecha en juicio o fuera de él, presunción legal; indicios o conjeturas; declaraciones de testigos o peritos; instrumentos públicos y privados, inspección ocular, la fama pública, los monumentos antiguos, las leyes que se presentan para hacer conocer lo que se observaba en cierta época y regía en otro lugar, sobre el asunto cuestionado y el juramento deferido. No obstante, la admisión de copias fotostáticas y examen hematológicos, corresponden a la reforma introducida por la ley 60 de 1946 y la ley 195 de 1969.

Encontramos que en materia penal, el artículo 2046 del libro III del Código Judicial, en cuanto a investigación de los hechos lo siguiente:

“Artículo 2046. El hecho punible se compraba con el examen que se haga, por facultativos o peritos de las personas, huellas, documentos, rastros o señales que haya dejado el hecho, o con deposiciones de testigos que hayan visto o sepan de otro modo, la perpetración del mismo hecho o con indicios, medios científicos o cualquier otro medio racional que sirva a la formación de la convicción del juez, siempre que no éste expresamente prohibidos por la ley, ni violen derechos humanos, ni sean contrarios a la moral o al orden público.”

De esta forma la materia probatoria está expresamente regulada en el Libro II “Proceso Civil”, y enunciada en el Libro III “Proceso Penal” y por esta razón se encuentra como norma remisoría el artículo 1947 que establece que *la materia no tratada en el libro de procedimiento penal se regirá por las normas que regulan las pruebas civiles.*

Revisado el Código Judicial vigente (1987) no hay definición legal de prueba, no obstante, en el proceso penal la investigación del hecho punible, la actividad sumarial debe cubrir dos finalidades: los propósitos objetivos y subjetivos de la instrucción sumarial que viene a ser la investigación y acreditación de la vinculación del imputado que involucra el estudio de la personalidad del mismo; y como fin accesorio la demostración del daño para los efectos de la valoración e indemnización en la sentencia.

Sobre el tema de prueba, el Libro de Procedimiento Penal contiene el Título II “Del Sumario” y los capítulos II “Investigación de los Hechos”, capítulo III “De la investigación de los Delincuentes”. En relación con ello resalta que el artículo 2044 en torno a la investigación de los hechos establece:

“Artículo 2044. El funcionario de instrucción realizará todas las investigaciones que conduzcan al esclarecimiento de la verdad sobre el hecho punible y la personalidad de su autor. Para tal efecto, practicará , obligatoriamente, entre otras, las diligencias que tiendan a determinar:

1. Si el hecho implica violación a la ley penal;
2. Quiénes son autores o partícipes del hecho;
3. Los motivos que los decidieron o influyeron en ellos para la

- infracción de la ley penal;
- 4. Las circunstancias de modo, tiempo, lugar en que se cometió el delito;
- 5. Las condiciones personales del imputado al momento del hecho;
- 6. La conducta anterior del imputado;
- 7. Las condiciones de vida individual, familiar y social del imputado; y,
- 8. La naturaleza del hecho y sus consecuencias de relevancia jurídico penal”.

En cuanto a la investigación de los hechos, el artículo 2046, realiza un enunciado de los medios idóneos y de los límites jurídicos para la comprobación del hecho punible, en el sentido de indicar que el funcionario de instrucción tiene libertad probatoria para la comprobación del hecho punible, pero ésta se limita con la prueba ilícita, al decir: “siempre que no estén expresamente prohibidos por la ley, ni violen derechos humanos, ni sean contrarios a la moral o al orden público.”

Referente a la investigación de los delincuentes, el artículo 2087 establece:

“Artículo 2087. Para descubrir los delincuentes serán examinados los denunciantes, los ofendidos o los testigos que sean o pueden ser sabedores de quién o quiénes son autores o partícipes del hecho por el que se procede.”

Es así que para cumplir con el propósito de la instrucción o investigación penal, la ley procesal penal regula una actividad probatoria, estableciendo en algunos casos el procedimiento para la legitimación procesal de la prueba, ejemplo para allanamientos, reconocimientos de cadáver, etc. Por otra parte, el análisis probatorio que en el Código de 1917 se enmarcaba en la prueba tasada, *actualmente se basa en la convicción racional del funcionario o juzgador, puesto que la prueba en sí representa un elemento esencial en la valorización.*

2.2.2. Importancia

La noción de prueba está presente en todas las manifestaciones de la vida humana, pero es en las ciencias y actividades reconstructivas donde la noción de la prueba adquiere un sentido preciso y especial. La indagación de los hechos es un aspecto esencial en la función jurisdiccional. Así vemos que el jurista reconstruye el pasado para conocer quién tiene la razón en el presente y también para regular, con más acierto, las conductas futuras de los asociados en nuevas leyes.

Reviste de tanta importancia la prueba que sin ella estaríamos expuestos a la irreparable violación del derecho, y el Estado no podría ejercer su función jurisdiccional para amparar la armonía social y restablecer el orden jurídico. Este concepto se expresa en el viejo adagio “tanto vale no tener un derecho, cuanto no poder probarlo”, puesto que la administración de justicia sería imposible sin la prueba, lo mismo que la prevención de los litigios y de los ilícitos penales; no existiría orden jurídico alguno.

La prueba posee pues, una función social, al lado de la función jurídica, y como una especie de ésta, tiene una función procesal específica. De ahí que junto al fin procesal de la prueba, se halla el fin extra procesal que es muy importante: dar seguridad a las relaciones sociales y comerciales, prevenir y evitar los litigios y delitos, servir de garantía a los derechos subjetivos.

De igual manera podemos señalar que la *eficacia de la prueba se resume en la necesidad de probar la verdad*. El juzgador debe llegar a un *estado de certeza o de convicción sobre los hechos*, de tal forma que le permita obtener una decisión, donde se manifieste la necesaria y estricta relación de legalidad entre el derecho subjetivo y la prueba.

En materia penal, la actividad probatoria conlleva a investigar los delitos, descubrir, juzgar y sancionar a los autores y partícipes (artículo 1941 C. Judicial), donde la aportación de pruebas es indispensable para dar base a un procesamiento, y después a una acusación o para determinar un sobreseimiento definitivo.

En relación con las investigaciones, en algunos casos se da una fase que se le denomina “averiguaciones previas” en las que se practican las vigilancias estacionarias, la aprehensión por sospecha o por batida. Así, por ejemplo, la Policía Técnica Judicial, con motivo de las denuncias o información confidencial recibida, ha establecido programas de seguimiento o de vigilancia a distancia a personas o lugares en los que se sospechan actividades ilícitas, con el fin de contar con mejores elementos de juicio para el inicio del sumario. Autores como Ramos Méndez, al referirse a estas diligencias las justifican cuando las mismas se dirigen a “determinar la naturaleza y circunstancia del hecho, establecer las personas que en él han participado”.⁴ Al respecto la Dra. Aura Emérita

⁴ RAMOS MÉNDEZ, Francisco. El Proceso Penal, España, Librería Bosch, 1988, p.182.

Guerra de Villalaz, opina que “la aportación de prueba durante esta fase es limitada, incompleta y requiere su ratificación y ampliación ante el funcionario de instrucción”.⁵

Dentro de la estructura del proceso penal existe la fase “Instructoria”, que comprende la actividad práctica dirigida a la reunión, aseguramiento y selección de los elementos probatorios indispensables para dar base a un procesamiento y después a una acusación o a un sobreseimiento.

En nuestro país la fase instructoria se identifica como el sumario y el artículo 2031 del Código Judicial que se refiere al fin o propósito de la instrucción del sumario establece:

“Artículo 2031. La instrucción del sumario tiene como propósito:

1. Comprobar la existencia del hecho punible, mediante la realización de todas las diligencias y útiles para el descubrimiento de la verdad;
2. Comprobar el alcance de las lesiones físicas, mentales y emocionales sufrida por la víctima, su representante legal o tutor y sus parientes cercanos, como resultado del delito, sí como los servicios profesionales médicos y psicólogos requeridos para su inmediata atención.
3. Averiguar todas las circunstancias que sirvan para calificar el hecho punible o que lo graven, atenúen o justifiquen.
4. Descubrir sus autores o partícipes y todo dato, condición de vida o antecedentes que contribuyan a identificarlo, conocerlo en su individualidad, ubicarlo socialmente o comprobar cualquier circunstancia que pueda servir para establecer la agravación o atenuación de la responsabilidad;
5. Verificar la edad, educación, costumbres, condiciones de vida, antecedentes del imputado, el estado y desarrollo de sus facultades mentales, las condiciones en que actúo, los motivos que hubieren podido determinarlo delinquir y las demás circunstancias que revelen el mayor o menor grado de punibilidad, cuando fuere necesario; y
6. Comprobar la extensión del daño causado.”

⁵ GUERRA DE VILLALAZ, Aura Emérta. *Las Pruebas en Materia Penal, en Teoría General de la Prueba*, Edit. Jurídica Iberoamericana, 2006, p. 631.

En esta etapa corresponde actuar al funcionario de instrucción desplegar toda la actividad requerida para lograr la investigación de los hechos y de los delincuentes, conforme a lo dispuesto en los artículo 2044 a 2103 del Código Judicial. En cuanto a la comprobación del hecho punible se establece en el artículo 2046 del C. Judicial que se comprueba con diversos medios tales como: examen pericial (de personas, huellas, rastros, documentos o señales que haya dejado el hecho) testigos, indicios, medios científicos, cualquier medio racional no prohibido por la ley, que no viole los derechos humanos, ni sean contrarios a la moral y al orden público. Una vez concluida esta etapa, el expediente es remitido al tribunal competente para la labor de calificación del mérito de la investigación. Esta fase de calificación se conoce como “fase intermedia”, no obstante con la ley 1 de 1995 se introduce una variante que incorpora la oralidad al establecer la audiencia preliminar y el proceso abreviado. Podemos expresar brevemente que la audiencia preliminar conlleva una fase obligatoria, previa a la calificación judicial del sumario que permite conocer en plazos más cortos el mérito probatorio de la investigación realizada. En cuanto que el proceso abreviado éste permite la agilización de los trámites, el reforzamiento de las garantías de la víctima y del procesado, pero debe ser solicitado por el imputado en la audiencia preliminar, siempre que la investigación se encuentre completa y exista prueba evidente del hecho. Para la presentación de esta solicitud, nuestra legislación establece el término de cinco (5) días antes de la fecha de audiencia o durante la misma, antes de que se inicie la etapa de alegatos.

Siguiendo con este recordatorio de las fases del proceso penal, corresponde ahora la fase plenaria. Dictado el auto de enjuiciamiento, se fija un período de cinco (5) días

comunes e improrrogables para que las partes señalen, por escrito, las pruebas que posteriormente son admitidas de considerarse conducentes (es idónea legalmente para demostrar un hecho determinado), pertinentes (su adecuación con lo hechos objeto de la acusación o de la defensa), útiles (que sea necesaria, beneficiosa en el proceso).

En síntesis, podemos determinar que a lo largo del proceso penal, la prueba es lo que *permite al tribunal ponderar los razonamientos y argumentos de convicción tanto de la parte acusadora como de la defensa que le permiten dictar la sentencia.*

2.2.3. Clasificación de las pruebas

La clasificación de la prueba entraña un esfuerzo científico del derecho procesal moderno. Los autores y las leyes dividen las pruebas así:

2.2.3.1. Según su regulación, *pruebas nominadas e innominadas*

Las pruebas nominadas son las que aparecen mencionadas y reguladas en la ley (documentos, confesión, testimonios, etc.) Las innominadas son las que no están expresamente reguladas en la ley. Al respecto, el artículo 780 del Código Judicial, señala:

“..otros medios racional que sirvan a la formación de la convicción del juez, siempre que no estén expresamente prohibidos por la ley, ni violen derechos humanos, ni sean contrarios a la moral o al orden público.”

Cabe señalar que a estas pruebas también se les denominan pruebas típicas y pruebas atípicas.

2.2.3.2. Según su objeto *pruebas directas e indirectas*

Esta clasificación se realiza de acuerdo con la relación de identidad o diversidad que exista entre el hecho percibido por el Juez y el hecho objeto de la prueba o que se demuestre con ella. De esta forma, la prueba será directa si muestra por sí misma, aunque en diversos grados, la verdad o falsedad de los hechos controvertidos, ejemplo la Inspección judicial. Se llama prueba indirecta a aquella que no muestra por sí misma la verdad del hecho cuestionado, sino la de otros hechos que contribuyen a acreditar determinado hecho, como serían los indicios.

2.2.3.3-Según su función, *pruebas históricas o críticas*

En algunas ocasiones, las pruebas suministran al juez una imagen del hecho por probar, lo describe tal como ocurrió y fue percibido por quien lo comunica al juez, por lo que se le denomina prueba histórica. Ejemplo: las fotografías, los documentos.

Otras veces, la prueba no despierta en la mente del juez imagen distinta a la cosa examinada, pero le suministra un término de comparación para obtener el resultado probatorio mediante un juicio o razonamiento, por ejemplo: el dictamen pericial. A esta

prueba se le denomina “crítica”, ya que sólo se llega al conocimiento de ese hecho mediante análisis e inferencias deductivas e inductivas.

2.2.3.4. De acuerdo al criterio de valoración, se clasifican en *pruebas tasadas y pruebas de libre valoración*

Constituye prueba tasada, la valorada a priori por la ley. (v.gr.: documento público).

Esta clase de prueba predominaba en el Código Judicial de 1917 -derogado-, ya que a cada prueba se le señalaba a priori un valor específico que el juez debía aplicar sin desviación, pues de no hacerlo, incurría en error de derecho en la apreciación de la prueba. De allí que se consideraba que el juez realizaba una operación aritmética.

Por otro lado, las pruebas de libre valoración son aquellas que libran su valoración a la sana crítica (v.gr.: dictámenes periciales).

Estas pruebas deben ser valoradas de acuerdo con la lógica y la experiencia. El artículo 781 del Código Judicial –vigente- indica que las pruebas en el proceso panameño se aprecian según las *reglas de la sana crítica*.

La sana crítica es considerada como la prudencia que debe poseer el juez en la valoración de la prueba, por ello se llama también “prudencia racional”.

2.2.3.5. En atención a la oportunidad o al momento en que se producen; se clasifican: *preconstituidas, simples, constituyentes o por constituir.*

Las pruebas preconstituidas (probaciones probandae) son las que se crean o se elaboran antes de cualquier proceso, anticipándose a él. Ejemplo un documento, contrato. En cambio las pruebas simples, constituyentes o por constituir son aquellas que se forman en el proceso. Éstas a su vez se distinguen porque si es simple tiene existencia autónoma para llevarle al juez por sí sola, convicción sobre el hecho por demostrar; a la inversa, la prueba es compuesta o compleja, cuando esa convicción se obtiene de varios medios. Ejemplo de las primeras: las escrituras públicas en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha. De las segundas el testimonio.

2.2.3.6- En atención a su práctica, las pruebas se dividen en *judiciales o procesales, extrajudiciales o extra procesales*

Las pruebas judiciales o procesales son las que se practican en el curso del proceso y pruebas extrajudiciales o extra procesales “extra juicio” aquellas que se forman fuera del proceso en cuestión, v. gr.: los supuestos de aseguramiento de pruebas. Algunos autores expresan que pruebas judiciales son las que practica el juez en el proceso o fuera de él, y extrajudiciales las que se practican sin intervención del juez, ante cualquier persona, v. gr.: declaración ante notario.

2.2.3.7. Según su estructura o naturaleza; existen las *pruebas reales o personales*.

Si se contempla la estructura del medio que suministra la prueba desde un punto de vista formal, se entiende que unas veces se trata de personas, como en el testimonio, la confesión, el dictamen de peritos; al paso que otras veces se trata de cosas, como planos, fotografías, huellas. De esta forma se entiende por pruebas personales las que emanan o son suministradas por individuos (terceros o partes) y pruebas reales, las que se deducen de los objetos materiales, mediante inspección judicial de suerte que el juez pueda extraer una información como resultado de su propia observación.

2.2.3.8. Según su contradicción, se clasifican en *sumarias y controvertidas*.

Podemos indicar que en principio, la prueba no contradicha carece de valor probatorio, no obstante, excepcionalmente, el legislador les otorga mérito a pruebas que no han sido tomadas con audiencia de la contraparte, quien no ha dispuesto de oportunidad procesal para discutir las; éstas son las llamadas pruebas sumarias. Por su parte las pruebas en contradictorio son las que se han propuesto y practicado previo debido legal traslado a la contraparte que ha tenido oportunidad de vigilar e intervenir. La jurisprudencia a menudo se ha referido a estos términos. Tal es el caso del fallo del Primer Tribunal Superior de Panamá, 7 de marzo de 1950, *Alguero vs Alguero*:

“La prueba sumaria es la que se practica sin citación de la contraria y tiene valor de plena prueba en ciertos procesos (procesos posesorios)”.

También mediante fallo del Primer Tribunal Superior de Panamá, 2 de marzo de 1987, se señaló lo siguiente:

“Se entiende por prueba sumaria la percibida y extrajuicio fuera de juicio; pero ella está sujeta en cuanto a la apreciación a las reglas generales aplicables a las pruebas recibidas en juicio.”

A nivel de la jurisprudencia internacional, hallamos que la Corte Suprema de Colombia, mediante sentencia de 19 de julio de 1980, explicó:

“El carácter de sumaria de una prueba dice relación no tanto a su poder demostrativo, sino a la circunstancia de no haber sido contradicha. Se opone, por tanto, a la controvertida, es decir, a la que ha sido practicada con citación y audiencia de la parte contra la cual se pretende hacer valer. De lo cual tiene que seguirse que las pruebas sumarias son siempre extra proceso, pero que éstas no siempre tienen aquel carácter, pues las hay con valor de plena prueba como ocurre con las anticipadas cuando se practican con citación de la futura parte contraria.”

2.2.3.9. Según su utilidad práctica, se dividen en pruebas *admisibles e inadmisibles; pertinentes e impertinentes.*

Genéricamente, pruebas admisibles son las susceptibles de ser incorporadas al proceso, puesto que no están prohibidas por la ley, es aducida en tiempo, en cambio se llaman inadmisibles las prohibidas o excluidas por la ley, que deben ser rechazadas. No obstante, en un nivel más concreto, se habla de prueba admisible a la idónea para acreditar un hecho; y de inadmisible la que carece de idoneidad. Por su parte, las pruebas

conducentes y pertinentes son las que se refieren al objeto procesal, a diferencia de las inconducentes o impertinentes, que no se refieren al objeto del proceso.

En relación con lo anterior, nuestro ordenamiento jurídico dispone que las pruebas deben ceñirse al asunto que se litiga y no son, por tanto, admisibles las inconducentes o ineficaces, las que no se refieren a los hechos discutidos, las legalmente ineficaces, las prohibidas por la ley, las propuestas con el objeto de entorpecer la marcha del proceso. (Artículo 783 del C. Judicial).

2.2.3.10. También se habla de “Prueba trasladada”

Por prueba trasladada se entiende aquella que practicada en un proceso, se incorpora en otro con el objeto de que surta efectos de convicción. Nuestro Código Judicial no emplea la expresión, pero si la contempla al señalar:

“Artículo 795. Las pruebas practicadas en un proceso seguido en el país, podrán aportarse en copia a otro proceso en el que se apreciarán siempre que la prueba en el primer proceso se haya practicado con audiencia de la parte contra quien se aduce y ha precluido la oportunidad para impugnarla.”

Ante este tipo de pruebas, al tratarse de pruebas practicadas en un proceso, sin la recepción del segundo juez, éste debe someterlas a un escrutinio, a pesar de tratarse de las mismas partes, para lograr la inmediación.

2.2.3.11. Según su ilicitud o licitud, hablamos de *pruebas ilícitas o lícitas*.

Debemos señalar que dentro del proceso tanto el juez como las partes deben obrar con lealtad, buena fe, moralidad y legalidad, sin violar el respeto a la libertad y dignidad humana, en todo momento y particularmente en el debate probatorio. Como consecuencia lógica de ello, no es permitido utilizar en la investigación de los hechos del proceso, pruebas ilícitas o sea aquellas que el medio mismo o el procedimiento para obtenerlo están expresa o tácitamente prohibidos, o atentan la dignidad y libertad de la persona humana o que violen los derechos fundamentales que la Constitución o la ley amparan.

La ilicitud de la prueba puede resultar de varias causas: puede radicar en el medio mismo. Ejemplo: La inspección judicial sobre los hechos de un estupro o una violación carnal, que implique la repetición de los mismos ante el funcionario, y la exploración del subconsciente contra la voluntad del sujeto y anulando su personalidad por medios físicos o síquicos.

También puede consistir en el procedimiento empleado para obtener la prueba, por sí misma lícita, como la confesión y el testimonio obtenido mediante el uso de tormento físico o moral o de drogas que destruyan el libre albedrío, los documentos obtenidos por hurto o violencia, los documentos públicos o privados aducidos subrepticamente al proceso o aprehendidos por el juez por medios ilegales, el dictamen de peritos o el testimonio o la confesión logrados mediante cohecho o violencia.

Igualmente, la ilicitud puede radicar en la violación de una norma legal que prohíba utilizar cierto medio de prueba, autorizado en general para un caso determinado o respecto de ciertos hechos, como el testimonio que viole el secreto profesional del médico, el confesor o el abogado, cuando la ley lo consagra para fines procesales. En tales casos la prueba ilícita es inadmisibile o ineficaz si por error fue practicada; como sería una prueba tomada a pesar de existir prohibición legal, pero sin vicios de procedimiento. Si embargo, cuando la ilicitud consiste en el empleo de la violencia física, moral o psicológica para la obtención de la prueba, se produce su nulidad.

Al respecto la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes de 10 de diciembre de 1984, ratificado por la República de Panamá, con fecha de depósito de 24 de agosto de 1987, establece en su artículo 15:

“ Todo Estado Parte se asegurará de que ninguna declaración que se demuestre que ha sido hecha como resultado de tortura pueda ser invocada como prueba en ningún procedimiento..”

En igual sentido se establece en el artículo 10 de la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la Tortura (Ley No. 12 de 18 de junio de 1991) y el párrafo final del artículo 2295 del Código Judicial al señalar:

“ Será causa de nulidad del acto el empleo de promesa, coacción o amenazas para obtener que el imputado declare.”

También, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de fecha 26 de agosto

de 1997, magistrada ponente Aura E. Guerra de Villalaz, en demanda de inconstitucionalidad señaló:

“ Las pruebas ilícitas reciben tal denominación por razón de los medios que se utilizan para su obtención, que parcialmente violan derechos de los procesados contenidos en la carta Fundamental...”

Por su parte, **la prueba lícita** es aquella permitida en la ley, que no viola derechos humanos, moral, ni buenas costumbres, en cuanto al medio mismo o al procedimiento para obtenerla. Esta prueba es admisible y tiene pleno valor probatorio.

Estas clasificaciones nos permiten conocer más detalles acerca de las pruebas, sobre todo la última distinción nos encamina a realizar un análisis sobre la prueba y el cumplimiento del debido proceso en materia procesal penal.

2.3. Consideraciones en torno a la Prueba y el Debido Proceso

Muy relacionado con el tema de la prueba se vincula el debido proceso, toda vez que tal como lo señala el Magistrado Arturo Hoyos, en su obra el “Debido Proceso”, el derecho de aportar pruebas lícitas relacionadas con el objeto del proceso y de contradecir las aportadas en su contra, es un elemento esencial en la garantía constitucional que conforma el principio del debido proceso a favor del imputado-acusado, reconocido en el “bloque de constitucionalidad” (artículos 22 y 32 de la

Constitución Política y artículo 8ª de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

Consideramos que ello es así, puesto que a las personas se les brinda la oportunidad de defender sus derechos en un proceso con la posibilidad de aportar pruebas y contradecir las que se aduzcan en su contra. De allí que el derecho de presentar pruebas se circunscribe a que éstas deben estar relacionadas con el objeto del proceso; de tal manera que no podrían tacharse de inconstitucionales las normas jurídicas o actos de los jueces que rechacen pruebas que no estén relacionadas con el objeto del proceso, que sean inconducentes o manifiestamente dilatorias.

En relación con el objeto del proceso penal, hemos de partir del artículo 212 numeral 2 de la Constitución Política, que es congruente con los artículos 1941, 2031 del Código Judicial –propósito de la instrucción del sumario- y 2044 del C. Judicial –investigación del hecho punible-, por lo que atendiendo a la regulación existente, la prueba debe tender a esclarecer los hechos, acreditarlos, probar o justificar las alegaciones o defensas que se formulen y que evidentemente guarden relación con el hecho enjuiciado.

2.3.1. Naturaleza y facetas del Debido Proceso

La expresión “debido proceso”, se acoge en el Código Judicial en el artículo 87 ordinal 7, al regular las atribuciones del Pleno de la Corte Suprema de Justicia indica:

“..7.Vigilar que, respetando la garantía del debido proceso, se administre pronta y cumplida justicia, para lo cual adoptará las medidas que estime necesarias.”

También el artículo 469 del citado Código Judicial, lo señala al referir:

“...Las dudas que surjan en la interpretación de las normas de este Código, deberán aclararse mediante la aplicación de los principios constitucionales y generales del derecho procesal, de manera que se observe el debido proceso, la igualdad procesal de las partes, la economía y lealtad procesal.”

En cuanto a la naturaleza jurídica del “debido proceso”, tal concepción se ve perfilada por el Magistrado Arturo Hoyos⁶, en su obra “El Debido Proceso”, al señalar: “Entendida, pues, la garantía constitucional del debido proceso como una institución, debe entonces dilucidar su contenido esencial. Para ello debemos identificar los elementos de esta garantía y los intereses por ella protegidos de tal forma que cualquier limitación que se imponga a ellos por medio de una ley, acto administrativo o por resolución judicial, que conduzca a que, en la práctica, esos intereses se hagan impracticables o se les niegue una protección razonable, pueda entonces considerarse que son contrarias a la norma constitucional respectiva. La categoría de institución que hemos atribuido al debido proceso define el sentido, alcance y condiciones de ejercicio de este derecho fundamental de carácter instrumental.”

De esta forma, podemos establecer que al referirnos al debido proceso, estamos en presencia de un verdadero derecho fundamental de carácter instrumental, que comparte características de los derechos de libertad, porque crea una esfera para titulares, libre de

⁶ Hoyos, Arturo, “El debido proceso”, Edit. Temis S.A. Santa Fe de Bogotá-Colombia, 1996, págs.53 y 54.

ciertas injerencias por parte del Estado y de los derechos de prestación, porque obliga al Estado a asegurar ciertas condiciones en todo proceso.

En cuanto a las facetas, el “debido proceso”, como garantía tiene en algunos ordenamientos jurídicos, un doble frente: el sustantivo o material y el formal o adjetivo.

En su obra “Justicia, Democracia y Estado de Derecho”, Arturo Hoyos⁷, pone en evidencia un desdoblamiento garantista al señalar que en Estados Unidos de Norte América, el debido proceso *sustantivo* se convierte en una cláusula o forma de autocontrol constitucional, de la discrecionalidad en la actividad desarrollada por la administración pública, lo que viene a suponer que la administración carece de la facultad de constreñir o privar de modo arbitrario o irrazonable a los ciudadanos de determinados derechos fundamentales (como los reflejados en la Constitución Americana), sin tener una razón válida que lo ampare o justifique. Y señalando, en relación al debido proceso en sentido *procesal*, que ningún órgano judicial puede limitar o privar de los derechos fundamentales a los ciudadanos o personas jurídicas si no es ajustando su actuación a las garantías, protecciones o exigencias del proceso consagradas en la Constitución Americana.

En nuestra investigación abordaremos el debido proceso en su faceta o aspecto procesal, atendiendo a las normas constitucionales y Tratados Internacionales vigentes en la República de Panamá.

⁷ Hoyos, en “Justicia, Democracia y Estado de Derecho”, Corte Suprema de Justicia, Serie Ensayos y Monografías Judiciales, Panamá, 1996, págs. 134 a 138.

2.3.2. Reconocimiento Constitucional y expresión en los Tratados Internacionales suscritos y vigentes en la República de Panamá.

De acuerdo a la doctrina jurídica el debido proceso constituye más que un principio, una garantía fundamental que ampara o tutela derechos de las partes, necesarios para procurar el equilibrio de los procesos y lograr la verdad real o material de los mismos.

El debido proceso, que ha merecido también denominación de proceso (juicio) justo, proceso (juicio) legal, proceso (juicio) limpio, proceso (juicio) equitativo, es conceptuado por el magistrado Arturo Hoyos, en su obra “El Debido Proceso”, como una institución instrumental en virtud de la cual debe asegurarse a las partes en todo proceso legalmente establecido y que se desarrolle sin dilaciones indebidas oportunidad razonable de ser oídas por un tribunal competente, predeterminado por la ley, independiente e imparcial, pronunciarse respecto de las pretensiones y manifestaciones de la parte contraria, de aportar pruebas lícitas relacionadas con el objeto del proceso y de contradecir las aportadas por la contraparte, de hacer uso de los medios de impugnación consagrados por la ley contra resoluciones judiciales motivadas y conformes a derecho, de tal manera que las personas puedan defender efectivamente sus derechos.

2.3.2.1. Reconocimiento Constitucional del debido proceso

En Panamá, la doctrina constitucional sentada por la Corte Suprema de Justicia en fallos de 30 de julio de 1990 y 24 de mayo de 1991, del Pleno y sentencia de fecha 11 de octubre de 1991 de la Sala Tercera Contenciosos Administrativo, ha considerado que el texto del artículo 32 de la Constitución Política de la República de Panamá, consagra la garantía fundamental del debido proceso al expresar:

“Nadie será juzgado sino por autoridad competente y conforme a los trámites legales, ni más de una vez por la misma causa penal, policiva o disciplinaria.”

De esta forma se contempla que las personas deben ser juzgadas por el Tribunal de la jurisdicción donde fue llevado a cabo el hecho punible, por tanto es inadmisibles Tribunales ad-hoc y es sancionado con nulidad absoluta el incumplimiento de las reglas de competencia, a su vez esto requiere que la persona contra la cual sean formulados cargos guarde detención preventiva, en el supuesto de proceder ésta, en el centro penitenciario donde ocurrió el hecho punible.

En la Constitución Política de la República de Panamá se contemplan medios procesales para garantizar el debido proceso, en materia penal encontramos los siguientes:

2.3.2.1.1. Garantía de Estabilidad y Seguridad Jurídica

Esta garantía se consagra en el artículo 17 de la Constitución Política de la República:

“ Las autoridades de la República están instituidas para proteger en su vida, honra y bienes a los nacionales donde quiera que se encuentren y a los extranjeros que estén bajo su jurisdicción; asegurar la efectividad de los derechos y deberes individuales y sociales, y cumplir y hacer cumplir la Constitución y la Ley.”

De allí que las autoridades deben ser tutores de los derechos de las personas sometidas a la jurisdicción del Estado, es decir, que no permite ejercer el poder en forma arbitraria, sino conforme a las formalidades previstas en la Constitución y Leyes de la República. Por ejemplo para privar a una persona de la libertad ambulatoria, debe ser ordenado por la autoridad competente, por medio de una resolución razonada, formulando los cargos respectivos, sujetos a las acciones o recursos permitidos a la persona o personas afectadas.

El punto de equilibrio para garantizar a las personas tanto nacionales como extranjeros el ejercicio y respeto de sus derechos y cumplimiento de las obligaciones, evitando los abusos de poder se logra con oportunidad del ejercicio de los Institutos de

Garantías Constitucionales (Habeas Corpus y Amparo de Garantías Constitucionales) ante la violación de sus derechos.

2.3.2.1.2. Presunción de Inocencia y medios legales para enmendar los agravios con motivo de su violación

El principio de presunción de inocencia es contemplado en el artículo 22 de la Constitución Política de la República de Panamá y el 1942 del Código Judicial, contemplan el deber del Estado de demostrar la culpabilidad de la persona contra la cual se han formulado cargos, a través del Ministerio Público, salvo aquellos delitos que requieren acusación de la parte afectada para poder excitar la acción penal y las denuncias o acusaciones contra servidores público con motivo de abuso en el ejercicio de sus funciones oficiales o por falta del cumplimiento de los deberes ; de acuerdo con lo previsto en el artículo 2467 del Código Judicial, es responsabilidad de quien promueve la acusación o denuncia acompañar la prueba sumaria de su relato, esto significa que debe presentar los medios probatorio idóneos para acreditar la existencia del hecho punible.

La violación del derecho a la libertad, puede ser enmendado a través del Habeas Corpus (artículo 23 de la Constitución Política de la República , 2574 y 2574 del Código Judicial) la cual puede ser presentada por cualquier persona, inclusive el propio imputado, ya sea para evitar la detención preventiva (habeas corpus preventivo) o lograr que ésta cese una vez hecha efectiva (habeas corpus reparador) y está exenta de formalidades, es

decir, puede presentarse verbalmente, por escrito, telegrama, y la Corte Suprema de Justicia ha resuelto habeas corpus presentada vía fax.

Constituyen causas para presentar habeas corpus, las siguientes:

a. La detención preventiva de una persona violando las garantías procesales previstas en el artículo 32 de la Constitución Política de la República.

b. La privación de libertad de una persona a quien intentan juzgar más de una vez por la misma falta o delito;

c. La detención de una persona por orden de una autoridad o funcionario carente de la facultad para ello;

d. La detención de una persona amparada por una ley de amnistía o por una decreto de indulto; y

e. El confinamiento, la deportación y la expatriación sin causa legal.

2.3.2.1.3. *La inviolabilidad del Domicilio*

En cuanto a la inviolabilidad del domicilio, el artículo 26 del texto constitucional patrio establece:

“El domicilio o residencia son inviolables. Nadie puede entrar en ellos sin el consentimiento de su dueño, a no ser por mandato escrito de autoridad competente y para fines específicos, o para socorrer a víctimas de crímenes o desastres.

Los servidores públicos de trabajo, de seguridad social y de sanidad pueden practicar, previa identificación, visitas domiciliarias o de inspección, a los sitios de trabajo con el fin de velar por el cumplimiento de las Leyes sociales y de salud pública.”

Con respecto a la norma en referencia el Pleno de la Corte Suprema por medio de resolución de fecha 27 de enero de 1987 contempla:

“El artículo 26 sólo establece una limitación a este derecho, que se refiere a actos de la autoridad en cumplimiento de leyes sociales o de salud pública, debidamente identificados (mandamientos, escritos, etc.).”-

Hacemos referencia a este principio, ya que guarda relación con la investigación que nos ocupa en el sentido que de acuerdo con el mismo, debe respetarse tanto el domicilio como residencia de una persona, por consiguiente es indispensable cumplir con las formalidades legales para poder entrar en éste, puesto que de lo contrario cualquier prueba practicada contrariando este principio constitucional es ilícita y carece de valor probatorio, nos referimos a los allanamientos, registros, entre otros. Su incumplimiento configura un delito contemplado en el libro II, título II, capítulo V del Código Penal, referente a los delitos contra la inviolabilidad del domicilio.

2.3.2.1.4. Inviolabilidad de correspondencia, documentos privados y las comunicaciones telefónicas privadas.

Esta garantía prohíbe que tanto los documentos privados como las comunicaciones privadas se violen. El artículo 29 de la Constitución Nacional así lo contempla y exige que la revisión u ocupación y examen de los mismos se hagan cumpliendo una orden de autoridad competente. Para fines específicos y mediante las formalidades legales, guardando reserva sobre los asuntos ajenos al objeto de la

ocupación o del examen y el registro de papeles, debe practicarse en presencia del interesado o de una persona de su familia o en su defecto, de dos vecinos honorables del mismo lugar.

El aludido artículo 29 de la Constitución Política señala lo siguiente:

“La correspondencia y demás documentos privados son inviolables y no pueden ser ocupados o examinados sino por disposición de autoridad competente para fines específicos y mediante formalidades legales. En todo caso se guardará reserva sobre los asuntos ajenos al objeto de la ocupación o del examen. Igualmente, las comunicaciones telefónicas privadas son inviolables y no podrán ser interceptadas. El registro de papeles se practicará siempre en presencia del interesado o de una persona de su familia o, en su defecto, de dos vecinos honorables del mismo lugar.”

Como excepción a esta garantía, encontramos la legislación sobre delitos contra la salud pública relacionada con drogas recogida en la resolución No. 101 de 29 de agosto de 1994, dictada por la Asamblea Legislativa como texto único que comprende las leyes No. 23 de 1986 y 13 de 1994, que en su artículo 26 permite al Procurador General de la Nación, la grabación de las conversaciones y comunicaciones telefónicas privadas de aquellos que estén relacionados con el ilícito. Al respecto el Pleno de la Corte Suprema de Justicia considera en fallo de 26 de agosto de 1997 que tales facultades no violan el artículo 29 de la Constitución Política de la República y, en su parte medular explica lo siguiente:

“Este examen gramatical es demostrativo que lo estipulado para el primer párrafo tiene validez para el segundo, al hacer extensiva la garantía de la inviolabilidad de la correspondencia y documentos privados a las comunicaciones telefónicas privadas. No obstante, el problema parece surgir cuando este último

párrafo en comento, solo establece la inviolabilidad de las comunicaciones telefónicas privadas, obviando la excepción otorgada de manera específica, en el párrafo primero. Sobre este aspecto, es palmario que al no existir una diferencia esencial entre las comunicaciones escritas y las comunicaciones telefónicas, nada obsta para que al momento de valorar la norma desde una perspectiva constitucional, se haga de una manera progresiva, adaptándose a los avances extraordinarios de las comunicaciones en esta época, en donde es patente el enlace y uso frecuente que hace la criminalidad organizada de la alta y sofisticada tecnología en materia de comunicación oral y escrita.

Lo contrario conllevaría a rezagar el proceso penal de los grandes progresos obtenidos en el campo de las comunicaciones telefónicas.

Por otra parte, si se optara por una interpretación extensiva de la ley 13 de 1994, se podría afirmar que la facultad otorgada a la máxima representación del Ministerio Público, no sólo se limita a las autorizaciones de grabación de las conversaciones telefónicas de aquellas personas sobre las cuales existen indicios de la comisión de delitos relacionados con drogas, sino también, por la comisión de un delito grave (artículo 18), lo cual es discutible si se cae en la producción de una prueba ilícita.”

Observamos que el texto citado efectúa un análisis sobre los motivos que permiten sustentar la legalidad de la medida bajo examen, partiendo de la premisa que la criminalidad organizada está avanzada en cuanto técnica y eso exige equiparar las investigaciones en los procesos penales a tales avances, además es posible hacerlo tanto en delitos de drogas como en otros de gravedad.

Consideramos interesante anotar otro fallo de la Corte Suprema de Justicia sobre inviolabilidad de la correspondencia y documentos privados, que es de fecha 13 de marzo de 1990, cuyo texto en su parte medular señala:

“Si se observa muy bien, el primer párrafo consagra la garantía de la

inviolabilidad de la correspondencia y documentos privados, pero a título de excepción justifica los casos en que una autoridad competente pueda interceptar o examinar la correspondencia y documentos privados. Sin embargo, por constituir este acto de ocupación una severa invasión o violación a la vida privada, se limita el poder otorgado al Estado en ese sentido y se le exige cumplir ciertos requisitos para ejercerlo, tales como: a) que el acto este revestido de formalidades legales; b) el deber de especificar claramente su propósito; c) guardar absoluta reserva sobre los aspectos distintos a los objetivos de la ocupación o recepción del documento privado”.

Es así como la doctrina constitucional hace énfasis en que para permitir el examen de correspondencia y documentos, y las grabaciones de conversaciones telefónicas deben cumplirse formalidades legales como las siguientes:

a. Sólo está facultado para autorizar las grabaciones el señor Procurador General de la Nación.

b. La diligencia dictada para sustentar esas intervenciones telefónicas privadas, no debe hacer calificaciones delictivas específicas, esto significa que la referencia será genérica,

c. Al menos debe existir algún indicio que comprometa a la persona que será objeto de tal medida procesal, con el hecho punible motivo de la investigación.

d. La obligación de reserva sobre aquellos aspectos que no guardan relación con el objeto de la diligencia practicada.

A lo señalado agregamos, que el incumplimiento de tales reservas podría configurar un hecho punible tipificado en el capítulo VI, Título II, Libro II del Código Penal, es decir, el delito contra la inviolabilidad de la correspondencia.

En síntesis, en cuanto al reconocimiento constitucional, podemos establecer que el principio del debido proceso es el elemento más dinámico que tiene el derecho procesal moderno para adaptarse a la realidad social y jurídica, su potencialidad no queda limitada a la regulación que se efectúe del mismo, sino que el Órgano Judicial, especialmente la Corte Suprema de Justicia, en su interpretación y aplicación, puede realizar un entendimiento de la ley en sintonía con una nueva sensibilidad jurídica garantista

2.3.2.2. Expresión en los Tratados Internacionales suscritos y vigentes en la República de Panamá

Tal como lo hemos señalado, en nuestro país la doctrina constitucional sentada por la Honorable Corte Suprema de Justicia (fallos de 30 de julio de 1990 y 24 de mayo de 1991) ha considerado que el artículo 32 de la Constitución Política de la República, consagra la garantía fundamental del debido proceso, pero no establece su radio de acción, por tal motivo el Dr. Arturo Hoyos en sus obras el debido Proceso y, Democracia, Estado de Derecho y Justicia; conceptúa que debe considerarse como parte del bloque de constitucionalidad el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos ratificada por Panamá, mediante Ley No. 15 de 1977, porque presenta lo que podría considerarse un listado de los derechos consagrados por esta garantía fundamental.

Es oportuno resaltar los dos fallos aludidos, emitidos por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia

Fallo de 28 de septiembre de 1990:

“Es interesante destacar que las garantías que se prevén en el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos constituyen un mínimo de protección a la persona humana. De ello se han extraído por lo menos dos principios, según señala Pedro Nikken, Juez y ex- Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, quien observa que en primer lugar “no es lícito que el Derecho interno de un Estado vinculado por un tratado internacional de salvaguardar los derechos humanos ofrezca medidas de protección inferiores a las pactadas por el tratado, pero en cambio sí es lícito y conforme al objeto y fin del tratado que el derecho interno asegure una protección más extensa” y, en segundo lugar, “que ninguna disposición de este tratado puede menoscabar la protección más amplia que ofrezca otra norma, sea de Derecho interno, sea de Derecho internacional; en consecuencia, entre las distintas disposiciones aplicables a un mismo caso debe preferirse aquella que brinde mayor nivel de protección a la persona humana.”

Por su parte, el *fallo de 8 de noviembre de 1990*, estableció:

“Es conveniente resaltar que la Corte Suprema de Justicia ha dejado establecido que en Panamá, existe un bloque de constitucionalidad. Este se integra por un conjunto de normas, las que, conjuntamente con la Constitución formal, sirven a la Corte para emitir juicio sobre la constitucionalidad. En este sentido, el Pleno de la Corte Suprema entiende que el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos forma parte del Bloque de Constitucionalidad de la República de Panamá, ya que puede integrarse al mismo en virtud de lo dispuesto en el artículo 4 de la Constitución Nacional. El Pleno considera que ciertos derechos humanos, como el derecho a un proceso justo, son elementos fundamentales del Estado de Derecho, que se reconstruye en la República de Panamá y, de conformidad con lo expuesto anteriormente, el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos se integra con el artículo 32 de la Constitución Nacional para formar, entre ambos, el bloque de las garantías Constitucionales de un proceso justo en nuestro país.”

En esta decisión, la Corte Suprema externó un criterio reiterado en varios pronunciamientos posteriores que incorporan el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos al Bloque de Constitucionalidad.

Al respecto, el Dr. Arturo Hoyos en su obra “La Interpretación Constitucional”, se refiere a la incorporación a rango constitucional de la normativa internacional indicando: “las normas de Derecho Internacional, como regla general, no tiene jerarquía constitucional en Panamá. Excepcionalmente, ciertas normas de derecho internacional, ratificadas por Panamá, pueden tener jerarquía constitucional si consagran derechos fundamentales que son esenciales para el Estado de Derecho, pero estos, por ahora, solo concierne al Debido Proceso Legal.”⁸

Se concluye que la eficacia del debido proceso se produce cuando más allá de ser principio general interpretativo de las leyes, se convierte en instrumento para la deducción de otros principios independientes en el ámbito del Derecho Procesal, fortaleciendo y ampliando el haz de garantías procesales existentes.

Vista la importancia del referido artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, acogido al bloque de constitucionalidad por la manera exhaustiva en que desarrolla el tema del debido proceso, se lee íntegramente así:

“Artículo 8^a Garantías Judiciales.

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o Tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.
2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas.

⁸ Hoyos, Arturo. Interpretación Constitucional, ed. Temis, Bogotá-Colombia, 1993, pág.106.

- a) Derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o Tribunal;
 - b) Comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada
 - c) Concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa.
 - d) Derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
 - e) Derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo no nombrare en defensor dentro del plazo establecido por la Ley;
 - f) Derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el Tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;
 - g) Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y
 - h) Derecho de recurrir del fallo ante juez o Tribunal Superior.
3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.
 4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.
 5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.”

Es así que este artículo en primer lugar, hace relación a las llamadas garantías judiciales en forma general en lo referente a: el derecho a ser oído, el derecho a un tribunal independiente e imparcial y el derecho a obtener una decisión en un plazo razonable.

En el segundo inciso, se recoge lo que se ha llamado garantías mínimas del debido proceso aplicables en procesos de naturaleza penal y se destaca la presunción de inocencia, recogido en el artículo 22 de la Constitución Política.

2.3.3. Doctrina de la Corte Suprema de Justicia sobre la garantía del debido proceso Penal.

El pleno de la Corte Suprema de Justicia tiene como atribución, la guarda de la integridad de la Constitución y ha sido uniforme en considerar que el debido proceso está contemplado en el artículo 32 de la Constitución Política de la República de Panamá, y considera que debe complementarse con el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Este criterio lo ha sostenido en las sentencias de 8 de noviembre de 1990 y 19 de marzo de 1991 y establece que la Convención integra el bloque de constitucionalidad.

En base a lo señalado en los artículos 87 numeral 1, artículo 90 y artículo del 94 al 96 del Código Judicial, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia debe vigilar el respeto de la garantía del debido proceso, tomando las medidas necesarias a efecto de procurar que sea administrada en forma pronta y cumplida la justicia, además debe ejercer un control de constitucionalidad a través de juicios especiales constitucionales tanto de habeas Corpus como de Amparo de Garantías Constitucionales, promovidos por las parte interesadas, para enmendar los agravios ocasionados con motivo de la violación de los derechos amparados por la garantía del debido proceso.

De igual forma, la Sala Segunda de lo Penal tiene como atribuciones en una sola instancia, para juzgar por delitos o faltas de funcionarios con mando y jurisdicción en dos o más provincias que no forme parte de un mismo distrito y resolver los conflictos

suscitados en procesos penales entre tribunales que no tengan otro superior común. A su conocer de los recursos de casación, revisión, consultas y recursos de hecho contra resoluciones de Tribunales Superiores. Todo esto representa para los afectados ejercer sus derechos de juzgamiento por el Juez natural, doble instancia, derecho de la defensa natural o técnica, presunción de inocencia, igualdad de las partes ante la ley, entre otros.

Relacionado con las pruebas, el magistrado Arturo Hoyos, en su obra citada “El Debido Proceso”, señala que el derecho de aportar pruebas lícitas relacionadas con el objeto del proceso y de contradecir las aportadas en su contra, es un elemento esencial en la garantía constitucional que conforma el principio del debido proceso a favor del imputado- acusado, reconocido en el “bloque de constitucionalidad” (artículos 22 y 32 de la Constitución Política y artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), pues la posibilidad de las personas de defender sus derechos en un proceso descansa sobre la facultad de aportar pruebas y de contradecir las que se aduzcan en su contra. No obstante, el derecho de presentar pruebas se circunscribe a las pruebas relacionadas con el objeto del proceso, que se concreta en esclarecer los hechos, acreditarlos, a probar o justificar las pretensiones, alegaciones o defensas que se formulen y que guarden relación con el hecho enjuiciado.

En relación con el objeto del proceso penal, hemos de partir del artículo 212 numeral 2 de la Constitución Política, que se concreta en el artículo 1941 (objeto del proceso), art. 2031 (instrucción del sumario) y el artículo 2044 (investigación del hecho punible) del Código Judicial. Por ello, atendiendo a la regulación existente y a la misión

del juez de velar por la pureza del procedimiento, así como el deber de las partes de proceder con lealtad y buena fe (art.215 del C. Judicial), resulta válido entender que la parte, al proponer o aducir pruebas y salvo que las mismas se deduzcan con claridad del sumario, en él parezcan referenciadas o se vislumbre con nitidez la relación que guardan con el hecho enjuiciado, debe de explicar razonadamente la conexión de cada prueba con el objeto procesal y su importancia para la decisión del enjuiciamiento, dado que la prueba conducente o pertinente se cifra en que guarde relación con el hecho enjuiciado.

En cuanto a las pruebas que se aportan al sumario, corresponde al Juez razonar sobre su admisión en base a su conducencia, pertinencia. En el procedimiento penal, en el trámite de audiencia es donde se vislumbra o aflora su relevancia o trascendencia.

Las pruebas sobre las que se decide admisibilidad se encuentran contempladas en el artículo 2046 del Código Judicial:

“El hecho punible se comprueba con el examen que se haga, por facultativos o peritos de las personas, huellas, documentos, rastros o señales que haya dejado el hecho, o con deposiciones de testigos que hayan visto o sepan de otro modo, la perpetración del mismo hecho o con indicios, medios científicos ***o cualquier otro medio racional que sirva a la formación de la convicción*** del Juez, siempre que no estén expresamente prohibidos por la ley, ni violen derechos humanos, ni sean contrarios a la moral o al orden público.”

En esta norma se establece una cláusula de cierre en virtud de que admite cualquier tipo de medio racional, diferente de los medios probatorios tradicionales enderezados a

aportar certeza sobre los hechos relevantes en el proceso. Esto permite analizar si la tecnología de medios tecnológicos de prueba de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir datos podrían constituir nuevos elementos probatorio, pero ¿implicaría habilitar en nuestro derecho procesal un nuevo cauce, actividad procesal que puede ser encaminada a aportar certeza sobre hechos controvertidos en el proceso penal, sin violentar el debido proceso?. Esto es en cuanto a la oportunidad de contradecir, de verificar su validez en cuanto a seguridad, fiabilidad o manipulabilidad. Para ello debemos identificar cuáles son estos medios racionales previstos, pero que no contienen previsión alguna en nuestro código de procedimiento penal, tarea que nos proponemos comprobar.

2.4. Distinción entre fuentes y medios de prueba

Tomando en cuenta lo señalado en el artículo 2046 del Código Judicial, debemos entender que todo objeto de prueba puede ser introducido al proceso, y puede serlo por cualquier medio, siempre que no estén expresamente prohibidos por la ley, ni violen derechos humanos, ni sean contrarios a la moral o al orden público.

Dada esta relación conviene distinguir entre fuentes y medios de prueba.

Señala el maestro Florián que combinando el aspecto objetivo de medios tomados en conjunto, con el concepto subjetivo del resultado que con ellos se obtiene en la mente del juez, prueba se define como “el conjunto de motivos o razones, que de los medios

aportados se deducen y que nos suministran el conocimiento de los hechos, para los fines del proceso”⁹.

Este autor deduce que son tres los aspectos que presenta la noción “prueba”, a saber:

- a) *Su manifestación formal*, es decir, los medios utilizados para llevarle al juez el conocimiento de los hechos, como testimonios, documentos, indicios, etc.
- b) *Su contenido sustancial*, que es mejor denominar esencial (para que no se tome la palabra como opuesta a procesal), o sea las razones o motivos que de esos medios se deducen a favor de la existencia, o inexistencia de los hechos;
- c) *Su resultado subjetivo* o el convencimiento que con ellas se trata de producir en la mente del juzgador y en este sentido el juez concluye si hay o no prueba de determinados hechos.

Desde el punto de vista procesal es ineludible reconocer estos tres aspectos de la noción: el vehículo, medio o instrumento; el contenido sustancial, o mejor dicho esencial; y el resultado o efecto obtenido en la mente del juez. De allí que se considera que sí puede distinguirse la noción de la prueba, de la noción de medios de prueba, ya que entendemos por prueba las razones o motivos que sirven para llevarle al juez la certeza sobre los hechos; y por medios de prueba, los elementos o instrumentos (testimonios, documentos, etc.) utilizados por las partes y el juez, que suministran esas razones o esos motivos (es decir para obtener la prueba).

⁹ FLORÍAN: Delle prove penli, citado por Hernando Devis Echandía, en Compendio de Derecho Procesal, ed. ABC, Bogotá, 1988, pág.8.

En relación con lo anterior, la doctrina procesal diferencia entre medios instructorios, fuentes y medios de prueba, en su obra Teoría General de la Prueba el Dr. Jorge Fábrega señaló: “Carnelutti desarrolló el concepto de fuentes de la prueba. Las fuentes son anteriores al proceso y se incorporan a él haciendo uso de los medio de prueba. La fuente es el conocimiento que tiene el testigo, el medio es la declaración que rinde. La fuente es la cuestión que se somete al perito, el medio es el dictamen pericial. La instrucción probatoria constituye el conjunto de actos del tribunal y de las partes dirigidas a aportar al proceso distintos medios de prueba que propongan éstos o que de oficio decrete el tribunal”¹⁰.

Conforme a lo anterior se concluye que *la fuente preexiste al proceso, con independencia de que llegue o no a realizarse el mismo; en cambio, el medio se forma en el proceso, es decir, que sin proceso no hay medio de prueba y consisten en la actividad para incorporar la fuente al proceso. Ejemplo en la prueba testimonial, la fuente es el testigo, mientras que el medio es la actividad regulada en la ley procesal relativa a la práctica de testimonios.*

En el caso de la moderna tecnología de instrumentos de filmación, grabación y archivo de datos, nuestra legislación no regula ese tipo de pruebas. Investigando en otras latitudes encontramos que el Consejo General del poder Judicial de España en 1998, promulgó una nueva LEC, la cual constituye una innovación legislativa, que convierte al ordenamiento procesal español en uno de los más avanzados, por lo que se refiere a la

¹⁰ Fábrega, Jorge. Teoría General de la Prueba, tercera edición, Editorial jurídica Iberoamericana, 2006, pág.89

adecuación del Derecho a los progresos experimentados en el ámbito de las nuevas tecnologías.

La legislación española atiende a una imponente evolución de la tecnología que está produciendo profundísimos efectos en numerosos ámbitos relevantes para el Derecho. Tal es la realidad de estos avances que el autor Sanchís Crespo, expresa: “Las tecnologías de la imagen y del sonido, es decir, de su grabación, filmación y reproducción, permite hoy día posibilidades insospechadas tan sólo hace años. Más espectaculares resultan aún los avances en el campo de la informática y de su aflicción a la telecomunicaciones.”¹¹

Por su parte, el catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Girona, Guillermo Ormazábal Sánchez, sobre el particular indica que “la aparición de los instrumentos o soportes actualmente contemplados en el art. 299.2 LEC tuvo lugar, al menos en su mayor parte y de modo prodigiosamente rápido, durante el siglo veinte. Los legisladores occidentales del diecinueve, obvio es decirlo, no pudieron tenerlo en cuenta en el momento de elaborar los código procesales que irían viendo la luz a lo largo de la centuria”. Igualmente, opina que “el surgimiento, proliferación y extensión de los instrumentos o soportes que nos ocupan irrumpió en el Derecho de forma inesperada, sin que la doctrina y la praxis tuviesen previsto cómo albergar al huésped recién llegado en las estancias de un edificio procesal legado por el siglo anterior”.¹²

¹¹ SANCHÍS, CRESPO La prueba por soportes informáticos, Valencia –España , 1999, p.16.

¹² ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, Guillermo, La prueba documental y los medios e instrumentos idóneos para reproducir imágenes o sonidos o archivar y conocer datos, ed. La Ley-Actualidad , España, 2000, p. 165.

Se aprecia que el desarrollo tecnológico experimentado durante el siglo veinte no pasa inadvertido por el campo del derecho procesal, como instrumentos para arrojar luz sobre los hechos controvertidos en un proceso.

La regulación española sobre estos instrumentos tecnológicos, en el artículo 382

LEC, señala:

“1. Las partes podrán proponer como medio de prueba la reproducción ante el Tribunal de palabras, imágenes y sonidos captados mediante instrumentos de filmación, grabación y otros semejantes. Al proponer esta prueba, la parte podrá acompañar en su caso, transcripción escrita de las palabras contenidas en el soporte de que se trate y que resulten relevantes para el caso.

2. La parte que proponga este medio de prueba podrá aportar los dictámenes y medios de prueba cuando cuestionen la autenticidad y exactitud de lo producido”.

En este artículo, el legislador español, regula lo relativo al medio de prueba consistente en la reproducción ante el Tribunal de palabras, imágenes y sonidos captados mediante instrumentos de filmación, grabación y otros semejantes.

Establecida la *distinción entre fuente probatoria y medio probatorio*, y atendiendo al pensamiento del catedrático español *Guillermo Ormazábal Sánchez*, se puede determinar que la *fuentes probatoria* consiste en las imágenes y sonido captados mediante dichos instrumentos de filmación, grabación y semejantes, y el *medio probatorio* en la actividad de reproducción ante el Tribunal de las palabras, imágenes o sonidos recogidos o contenidos en cierto soporte.

2.4.1. Medios de pruebas consagrados en nuestra legislación penal

En Panamá, la fase instructoria se identifica como sumario. El artículo 2031 del Código Judicial se refiere al fin o propósito de la instrucción del sumario, entre los que se anotan: comprobar la existencia del hecho punible, el alcance de las lesiones físicas, mentales y emocionales sufridas por la víctima, su representante legal o tutor y sus parientes cercanos, como resultado del delito, así como los servicios profesionales médicos y psicológicos requeridos para su inmediata atención; otro fin es el de averiguar todas las circunstancias que sirvan para calificar el hecho punible o que lo graven, atenúen o justifiquen; descubrir sus autores o partícipes y todo dato condición de vida o antecedentes que contribuyan a identificarlo, conocerlo en su individualidad, ubicarlo socialmente o comprobar cualquier circunstancia que pueda servir para establecer la agravación o atenuación de la responsabilidad, son otros objetivos de la instrucción. Igualmente, esta etapa tiene como fin verificar la edades, educación, costumbres, condiciones de vida, antecedentes del imputado, el estado y desarrollo de sus facultades mentales, las condiciones en que actuó, los motivos que hubieren podido determinarlo delinquir y las demás circunstancias que revelen el mayor o menor grado de punibilidad, cuando fuere necesario y comprobar la extensión del daño causado.

Durante esta etapa, el funcionario de instrucción despliega la actividad requerida para investigar los hechos y los delincuentes (arts. 2044-2103 del C. Judicial).

Al efectuar una revisión del Derecho Patrio, encontramos que en el artículo 2046 del Código Judicial, se contempla que el hecho punible se comprueba por diversos medios, tales como: examen pericial de las personas, huellas, rastros, documentos o señales que haya dejado el hecho; testigos; indicios; medios científicos y cualquier medio racional no prohibido por la ley, que no viole los derechos humanos, ni sean contrarios a la moral y al orden público.

A continuación nos referiremos a cada uno de los medios probatorios enunciados.

2.4.1.1. La prueba testimonial

Se ha señalado que la prueba testimonial es una de las más utilizadas en el proceso penal. De acuerdo con la Dra. Aura Guerra de Villalaz, “uno de los medios de prueba más utilizado en toda investigación penal es el de recurrir a las declaraciones de las personas o terceros que puedan tener algún conocimientos sobre los hechos”.¹³

En nuestro país, las declaraciones de testigos receptadas durante la fase instructoria mantienen su fuerza probatoria en el plenario, sin que se requiera su ratificación. Empero, se permite a las partes solicitar su comparecencia en juicio a fin de repreguntarlos.

Tal como se ha indicado la materia penal sobre pruebas que no contenga regulación en el libro III del Código Judicial, se aplican las disposiciones del libro II sobre

¹³ GUERRA DE VILLALAZ, Aura, OB. CIT. pág. 638.

procedimiento Civil, en cuanto no sean incompatibles con la naturaleza del proceso penal. (art.1947 C. Judicial). Así en cuanto a la ausencia de regulación sobre esta materia en el libro III se remite al procedimiento civil relacionado con el procedimiento, formalidades para la admisión, práctica y valoración del testimonio, contemplados en los artículos 907 a 952 del Código Judicial. No obstante, mediante la ley 3 de 1991 se establece el procedimiento que debe seguirse en la participación de los testigos para la identificación del o los sindicados a través de diligencias de reconocimiento en rueda de personas o en álbumes fotográficos.

La ley 3 de 1991, en materia de procedimiento indica que en el primer supuesto sobre identificación en rueda de personas, debe practicarse con un mínimo de seis (6) individuos, con rasgos físicos similares, dando al imputado la opción de seleccionar el lugar de ubicación en la fila. La identificación a través de fotografías de archivo, también debe llevarse a cabo con no menos de diez (10) fotografías disponibles, dejando constancia escrita de la diligencia realizada. También, esta ley permite utilizar otros medios de identificación: el retrato hablado, vídeos u otros medios técnicos.

En cuanto a la inhabilidad por parentesco, en materia penal no se permite la declaración de parte o de un pariente cercano, pero el Código Judicial señala que en el sumario, el funcionario de instrucción a falta de testigos hábiles, puede examinar a los inhábiles y a los sospechosos. Además existe la posibilidad de la práctica de careos bien entre los testigos, entre lo imputados o entre aquellos y éstos, cuando surjan discordancias sobre hechos o circunstancias que sean de interés para la investigación. El

artículo 2145 del Código de procedimiento penal, advierte que el careo sólo debe practicarse entre dos personas, ante el agente del Ministerio Público o el juez de la causa.

En relación con el valor del testimonio, en nuestro país rigen las reglas de la sana crítica. En la doctrina destaca Mittermanier, quien apunta que para que el juez le asigne valor al testimonio como demostración de un hecho determinado, se requiere que se trate de “personas reconocidas como dignas de fe, que hay prestado juramento conforme a la ley, que los hechos declarados hayan sido percibidos sensorialmente”.¹⁴ Además, señala que la deposición debe ser verosímil, debe concordar con los resultados de las demás pruebas y estar exenta de contradicciones. La deposición debe ser dada ante el tribunal competente, de forma espontánea, libre. Debe darse la concurrencia de un mínimo de dos testimonios congruentes en los por menores esenciales.

2.4.1.2. La prueba pericial

Cuando en un proceso es necesario en la fase instructoria, intermedia o plenaria, conocer o apreciar algún hecho o cuestiones importantes, a través de conocimientos científicos o artísticos, se recurre a las personas provistas de una formación especializada. Estas personas se conocen como “peritos”. Para el profesor Jorge Fábrega Ponce “es perito la persona que posee conocimientos técnicos, científicos, artísticos o prácticos y a quien se acude en busca de dictamen para que como asesor,

¹⁴ MITTERMAIER, C.J.A.: Tratado de la prueba en materia criminal, 10ª edición, Madrid, Reus, 1979, pág. 305-313.

facilite al juzgador los conocimientos que sean necesarios o convenientes para la mejor apreciación de los hechos controvertidos.”¹⁵

El perito realiza el dictamen pericial, que sostiene Jairo Parra “es un medio de prueba que consiste en la aportación de ciertos elementos técnicos, científicos o artísticos que, la persona versada en la materia de que se trate, hace para dilucidar la controversia, aporte que requiere de especiales conocimientos”.¹⁶

La prueba pericial puede aportarse en la fase instructoria, correspondiendo al Ministerio Público su práctica, pero nada se opone a su incorporación en el plenario.

Tal como se señaló con la prueba testimonial, la prueba pericial practicada en el sumario se mantiene en el plenario, salvo aquellos casos en que alguna de las partes la solicite para repreguntar.

Nuestro país cuenta con el Instituto de Medicina Legal, que brinda sus servicios especializados para atender el llamado de los funcionarios de instrucción o de los tribunales de justicia. Las partes interesadas (defensa y acusación) pueden aducir y aportar dictámenes periciales, sin perjuicio del carácter oficial de los practicados por Medicatura Forense o los laboratorios de criminalística.

¹⁵ FÁBREGA PONCE, Jorge, Medios de pruebas, Litho Impresora Panamá, 1978, p. 353.

¹⁶ PARRA QUIJANO, Jairo, Manual de Derecho Probatorio, 3ª edición, Bogotá, 1992, p.351.

El dictamen pericial debe ser dictado en el momento oportuno y con las formalidades de ley. Es importante señalar que la alteración intencional de este dictamen ante la autoridad competente deviene en conducta típica de falsedad testimonial y su consiguiente responsabilidad penal contemplada en el artículo 355 del Código Penal.

2.4.1.3. La prueba documental

Se considera que el documento, entendido como una atestación por escrito de un acto o hecho relevante para el proceso, como prueba en materia penal, alcanza igual fuerza probatoria que en lo civil, si cumplen con las exigencias que le son propias y difieren, en aquellos casos en que el documento en sí es el objeto material sobre el cual recae la conducta ilícita, o cuando recoge el testimonio de un tercero o es el instrumento que contiene una confesión del imputado. Para alcanzar su efecto probatorio debe reunir condiciones extrínsecas y comprobarse su legitimidad, mediante el acto de reconocimiento por su autor o por medio de peritos, cuando se trata de manuscritos o firmas y debe acreditarse su autenticidad.

En vista de que la tecnología puede permitir alterar, reproducir o falsificar o reproducir cualquier escrito, el derecho en tutela del bien jurídico de la fe pública, como consecuencia directa, erige en delito todas aquellas conductas que lesionen o puedan causar perjuicio a través de cualquiera de las modalidades de falsedad documental, sea que la acción recaiga en documentos públicos o privados.

2.4.1.4. Inspección Judicial

Esta prueba, por lo general se practica o en la etapa de averiguación previas o al inicio del sumario. Consiste en el examen *in situ* que se hace de las huellas dejadas por el hecho delictivo.

Para Mittermaier se trata de “un procedimiento de experimentación personal, por cuyo medio se enterar el juez de la existencia de ciertas circunstancias, decisivas, aún no comprobadas y muchas veces controvertidas, cuya descripción consigna en autos después de examinarlas.”¹⁷

En nuestro país cuando se trata de algunos delitos contra la vida e integridad personal, el funcionario de instrucción con la ayuda de peritos, se encarga de apersonarse al lugar de los hechos, con el fin de recoger y conservar los rastros, huellas o todo aquello que pueda tener relación con la existencia o naturaleza del hecho motivo de la investigación criminal. En esta diligencia se debe levantar el acta correspondiente donde se anotan todos los detalles que puedan contribuir a un mejor esclarecimiento de los hechos, levantar planos, tomar fotografías, recoger muestras, etc.

Como una nueva modalidad de inspección judicial, se considera la reconstrucción de los hechos que se realiza en el plenario en aquellos casos donde no se ha practicado antes del inicio de la audiencia. (Art. 2257 del Código Judicial).

¹⁷ MITERMAIER, Ob. Cit., pág. 155.

2.4.1.5. Prueba Indiciaria

Tanto en materia civil como en el proceso penal, los indicios están reconocidos legalmente, así lo preceptúan los artículos 780 y 2271 del Código Judicial.

Se ha señalado que un indicio grave vinculante, sumado a la plena prueba de la existencia del hecho punible, es suficiente para dictar un auto de enjuiciamiento. El indicio es un hecho que está en relación tan íntima con otro hecho que el juez llega del uno al otro, por medio de una conclusión natural. De allí que para Mittermaier es menester que en la causa se den dos hechos: uno comprobado y otro no manifiesto aún y que se trata de demostrar racionando del hecho conocido al desconocido. Este autor considera que aplicando el indicio al proceso criminal, “es el hecho o circunstancia accesoria que se refiere al crimen principal y que da motivo para concluir que se ha cometido un delito o que ha tomado parte en él un individuo determinado”.¹⁸

Igualmente, la doctrina ha indicado que la prueba de indicio tiene relevancia jurídica, cuando se trata de indicios graves. Para el procesalista Colombino, Jairo Parra un indicio es grave en la medida que “parece más cierta la relación necesaria entre el hecho primitivo y el hecho consiguiente desconocido. Si la experiencia justifica plenamente esta conexión, si no puede admitirse ni por un solo momento ninguna otra conclusión o interpretación” e indica que de acuerdo con la Corte Suprema de Justicia de

¹⁸ MITTERMAIER, ob.cit.,p.317.

Colombia el indicio necesario es aquel en que “la inferencia que de él se hace, se desprende del cumplimiento de las leyes de la naturaleza.”¹⁹

Ahora bien, en cuanto al concepto de indicio, nuestro ordenamiento procesal, establece en el artículo 982 del Código Judicial, lo siguiente:

“Artículo 982. Se llama indicio cierto hecho que indica la existencia de otro. Para que un hecho pueda considerarse como indicio, deberá estar debidamente probado en el proceso.”

En base a lo dispuesto en el citado artículo, se puede señalar que un indicio debe reunir elementos como: la existencia de un hecho conocido, un proceso mental de deducción lógica que permita demostrar de forma racional el hecho desconocido a través del hecho indicador.

2.4.1.6. Otros medios de pruebas

Adicional a los ya expresados, en el proceso penal existen otros medios de prueba, algunos en la categoría de prueba imperfecta o de prueba circunstancial, que contribuyen al esclarecimiento de los delitos y a la determinación de los autores y partícipes.

¹⁹ PARRA QUIJANO, Jairo, ob. Cit. p. 155

En este punto nos referiremos a la flagrancia, la confesión del imputado, el allanamiento y registro. Veamos:

2.4.1.6.1. La Flagrancia

Este medio de prueba es considerado incriminador, ya que acredita el hecho punible a la vez que identifica a su autor. Sin embargo, este medio de prueba imperfecta, se acredita mediante la declaración del testigo que encontrándose en el lugar de la consumación del hecho delictivo, pudo apreciar sensorialmente la ocurrencia del mismo.

Dentro de nuestra Constitución Política, cualquier ciudadano puede detener al delincuente sorprendido *in fraganti*. Esta disposición Constitucional establece:

“Artículo 21. Nadie puede ser privado de su libertad, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad competente, expedido de acuerdo con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la Ley... El delincuente sorprendido *in fraganti* puede ser aprehendido por cualquier persona y debe ser entregado inmediatamente a la autoridad..”

En relación con la aplicación de medida cautelar personal de detención preventiva, el artículo 2140 del Código Judicial autoriza su adopción en casos de flagrancia, independiente del cuántum de la punibilidad que la ley penal le asigne al delito cometido. No obstante, la detención en flagrancia no excluye el derecho de defensa, ni las fases de todo proceso penal.

En la práctica se observa que las conductas de posesión de armas, de sustancias ilícitas, del producto del delito, del objeto material del delito, se asimilan a flagrancia y una vez comprobadas, pueden fundamentar un auto de enjuiciamiento.

Numerosos son los fallos dictados en relación a la *flagrancia*. En jurisprudencia de la Corte publicada en Registro de abril de 1995, se indicó:

“...acto claro de flagrancia, que al tenor del artículo 2149 del Código Judicial se da en cualquiera de los siguientes supuestos:

1° Cuando el infractor es sorprendido al momento en que comete o realiza un hecho delictivo.

2° Cuando el infractor es sorprendido inmediatamente después de haber cometido el delito y como consecuencia de su persecución.

3° Cuando la autoridad pública lo aprehende después de cometer el hecho punible en virtud de que alguna persona lo señale como autor del mismo, siempre que se encuentre en su poder el objeto material del delito, parte de éste, o los instrumentos de ejecución, huellas, manchas o rastros claros de su autoría.

4° Cuando el imputado es aprehendido por autoridad pública inmediatamente después de cometido el delito porque alguno lo indica o individualiza como partícipe y además se encuentra en su poder el objeto material, parte de éste, los medios de ejecución (armas, instrumentos) o bien presenta huellas o rastros que tengan el carácter de presunción de su participación.”

En relación con personas sorprendidas in fraganti y que gozan de inmunidad, mediante sentencia de 13 de septiembre de 1989, Registro Judicial de septiembre de 1989, la Corte señaló:

“... se puede concluir que la privación de la libertad a consecuencia de la flagrancia, se da pese a la inmunidad que reviste a los representantes de corregimientos, es decir que tal situación no es óbice para la aprehensión inmediata

del funcionario investido por la inmunidad...la delincuencia en flagrancia constituye un supuesto, en nuestra Constitución que motiva la privación de libertad, sin excluir a los representantes de corregimientos, dada su investidura por lo que la ley que regule la materia debe estar sometida al ordenamiento jurídico fundamental.”

Lo señalado en el fallo resalta que la privación de la libertad como consecuencia de delincuencia en flagrancia, no excluye a ninguna persona dado el carácter fundamental que adquiere al encontrarse contemplada en nuestra Carta Magna.

2.4.1.7. La Confesión del imputado

La confesión del imputado es considerada un medio de prueba importante.

Acerca de la confesión, el maestro Couture, señala que “en materia penal, el interrogatorio del sindicado o imputado en la indagatoria, es considerado hoy como un derecho de éste y una diligencia en su favor, para darle oportunidad de formular sus descargos y explicaciones; pero puede ser fuente de confesiones”.²⁰

Referente a este medio de prueba, el artículo 900 del Código Judicial establece que no se puede pedir confesión sobre hechos vergonzosos o criminales a la parte que ha de responder o a sus ascendientes descendiente, o a su cónyuge y hermanos. Se observa que en esta norma se mantiene la garantía consagrada en el artículo 25 de la Constitución Nacional donde estipula que nadie está obligado a declarar en asunto

²⁰ COUTURE, Estudios de derecho procesal civil, tomo II, Buenos Aires Argentina, 1950, p. 285.

criminal, correccional o de policía contra sí mismo, su cónyuge o sus parientes dentro del 4° de consanguinidad y 2° de afinidad.

La confesión realizada dentro de la fase instructoria del proceso penal da lugar al juicio directo (art.2528 del C. Judicial); y si se produce en el inicio del plenario, cuando el presidente de la audiencia pregunta al imputado si se considera culpable o no de los cargos que se le imputa, ante la respuesta afirmativa, proviene que si el defensor estima innecesario continuar con el acto, el tribunal procederá a dictar la sentencia correspondiente. (Artículos 2237 a 2241 C. Judicial).

En materia penal, la confesión del imputado es una circunstancia atenuante modificadora de la responsabilidad penal. (Artículo 66 numeral 5 del Código Penal). Sobre el particular, la Corte ha señala que para que opere como atenuante, la confesión debe ser oportuna y espontánea. Al respecto, encontramos que en fallo de la Sala segunda de lo Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia con fecha 12 de mayo de 1992, bajo la ponencia del Magistrado José Manuel Faundes, manifestó:

“La confesión espontánea y oportuna es reconocida en los casos en que, de no concurrir aquella situación, es imposible llegar a la verdad, por no existir otros medios o formas de esclarecer los hechos.
La ley penal establece como atenuante la confesión cuando es espontánea y además oportuna.”

Otro fallo interesante es el emitido por la Corte Suprema de Justicia- Sala de lo Penal, de fecha 18 de junio de 1991, bajo la ponencia de la Magistrada Aura E. Guerra de

Villalaz, que destaca lo siguiente:

“La atenuante de confesión espontánea ha sido clasificada por la doctrina como *post delictum*, y que es un comportamiento que presenta el agente con posterioridad a la comisión del hecho punible. De presentarse tal comportamiento, produce el efecto de atenuar la responsabilidad del agente.”

En materia criminal, se considera que para que la confesión alcance el carácter de prueba, deben concurrir las siguientes condiciones esenciales: ser verosímil según la naturaleza del hecho y los medios de ejecución; gozar de credibilidad, basada en su estado físico y mental. Igualmente, se anota como condición, su precisión, persistencia, uniformidad y concordancia con los principales hechos demostrados a través de otros medios de prueba.

Finalmente, es importante señalar que la confesión admite prueba en contrario y es susceptible de retractación; corresponde al juez analizarla y valorarla.

2.4.1.8. El Allanamiento y registro

Si bien hemos señalado que se contempla en la Constitución Política (Artículo 26 y 29) la garantía fundamental de la inviolabilidad del domicilio, el capítulo VII del título II del libro III del Código Judicial faculta al funcionario de instrucción para allanar y registrar edificios de cualquier clase, domicilios privados, oficinas para reconocer o aprehender papeles, documentos u objetos que se relacionen con un hecho

punible o sirvan para descubrir a los imputados. Esta diligencia según se indica, debe realizarse en horario de seis de la mañana a diez de la noche y se limita a la ejecución de las órdenes dadas. Cuando se trate de casas habitadas, existe el deber de evitar actos de maltrato o vejaciones a las personas. Además, debe adoptarse las medidas de vigilancia necesarias para asegurar el éxito de la diligencia y evitar la fuga del sindicado, la sustracción o destrucción de armas, documentos o evidencias del hecho delictivo investigado, y el funcionario de instrucción puede solicitar la asistencia de peritos que contribuyan al mejor esclarecimiento de los hechos.

Igualmente, con relación al registro de documentos, se establece el procedimiento que debe seguirse, tanto para su recolección como para su reconocimiento, cuidando de su autenticidad y legitimidad, mediante el correcto foliado, sello y rúbrica de los funcionarios competentes y con el debido inventario de los mismos levantado ante las partes interesadas y testigos.

CAPÍTULO TERCERO
MODERNOS MEDIOS DE PRUEBA

3. Modernos Medios de Pruebas

Las pruebas, en nuestra legislación penal, son señaladas en el artículo 2046 del Código Judicial, donde el legislador no se limita a nombrarlas si no que explica en sus artículos posteriores cómo es su promoción, evacuación, oposición y hasta la respectiva valoración que el juez debe darles a la hora de sentenciar. No obstante, la parte final de esta norma también indica como forma de comprobar los hechos “o cualquier otro medio racional que sirva a la formación de la convicción del Juez, siempre que no estén expresamente prohibidos por la ley, ni violen derechos humanos, ni sean contrarios a la moral y al orden público”.

Comprendemos que dada la importancia de la prueba, el legislador aprovisionó a las partes la posibilidad de incorporar medios de pruebas considerados “no tradicionales”, los cuales podrían ser traídos al proceso por ellas siempre y cuando éstas respeten los principios constitucionales y los del derecho probatorio, la moral y el orden público. Además, éstos deben ser eficaces por su pertinencia, consentidas por la ley y por supuesto, legales o legítimas.

Adicional, que los mismos permitan al juez dirigir su reproducción en el proceso, con la finalidad de solucionar el caso traído a la jurisdicción, para que en el ejercicio de sus facultades imparta justicia. Todo esto en base al principio de necesidad de la prueba, en el sentido de que al juez se le puedan proporcionar todos los recursos suficientes que le permitan alcanzar certeza y poder así dictar la sentencia.

Esta posibilidad de incorporar al proceso penal, “otros medios de pruebas”, surge como una brecha en la proporción de suficientes medios probatorios para las partes, ya que con la evolución del mundo tecnológico, existen creaciones novedosas que podrán servir, con el transcurrir del tiempo como instrumentos de pruebas.

En este trabajo se va a efectuar un estudio exhaustivo de medios de pruebas novedosas, de cuya producción y reproducción en el proceso no están detalladamente establecidas en la leyes panameñas, donde se procurará establecer cual es su valor probatorio y su forma de producirse en el juicio penal.

3.1. Concepto

Ante los medios tradicionales de pruebas contemplados en textos legales, se pueden añadir otros medios de pruebas obtenidos con el empleo de técnicas nuevas, así lo indica nuestro Código de Procedimiento.

Tomando en cuenta que la enumeración de los medios de pruebas, previstos por la ley, son de manera enunciativa y no taxativa, por lo que en nada se prohíbe al juez y a las partes acudir en un proceso a aquellos medios que no estén establecidos en la ley, claro está, sometiéndose o ajustándose a las características propias del sistema probatorio.

Estos medios son de notable significación en la materia probatoria, pues permiten la utilización de medios técnicos.

Podemos definir a los medios electrónicos como todos aquellos instrumentos creados para obtener un eficiente intercambio de información de manera automatizada;

tales como Internet, fax, correo electrónico, etc.; que pudieran aportar elementos determinantes de la verdad procesal, pues en muchos casos contribuirían a dar certeza. Los medios tecnológicos ¿traen, con ellos, un nuevo acervo y una nueva cultura procesal? Muchos juristas consideran que demandarán del Juez una actividad menos pasiva, ya que deberá comprender esta nueva prueba para luego, con unión de otros elementos probatorios, saberla valorar.

3.2. Novedosos medios tecnológicos de prueba

A continuación nos referiremos a las modernas tecnologías ingenizadas para archivar y reproducir sonidos, imágenes y datos.

3.2.1. Los Registros Magnetofónicos

Buscando una definición sobre los términos que se tratarán en este punto encontramos, que de acuerdo al Diccionario de la Lengua Española, **grabación** f. Acción y efecto de **grabar** (II registrar sonidos o imágenes en disco, cinta, etc.), **grabar** (Del fr. “*graver*”). *Tr.* Señalar con incisión o abrir y labrar un hueco en relieve sobre una superficie un letrero, una figura o una representación de cualquier objeto. 2. Captar y almacenar imágenes o sonidos por medio de un disco, una cinta magnética u otro procedimiento, de manera que se puedan reproducir.²¹

²¹ Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, vigésima segunda edición, tomo 5, Colombia, 2001.

La investigación realizada a esta tecnología, nos revela que en el sistema más normal de grabación de sonido, el método magnético, las ondas sonoras transformadas, pueden ser amplificadas y hacer que magneticen una cinta de plástico cubierta por un óxido metálico en función de la frecuencia e intensidad del sonido. La grabación de sonido implica el movimiento mecánico del medio de grabación, a una velocidad constante por delante del punto de grabación para que, posteriormente, pueda ser reproducida como una réplica del sonido original.

Entonces, las grabaciones son reproducciones que pueden ser de sonidos o de luz, ya sea a través de cintas o discos, en este caso particular se hace alusión a las grabaciones magnetofónicas, las cuales consisten en el resultado de un dispositivo llamado Magnetófono o grabadora que graba y reproduce sonidos, a través de registros de señales eléctricas en una fina cinta de plástico cubierta con óxido magnético.

En la grabación, la cinta pasa por delante de una cabeza grabadora que polariza las partículas ferromagnéticas. A continuación la cinta pasa por una cabeza reproductora que convierte las señales magnéticas en señales eléctricas. Éstas, a su vez, son amplificadas y reproducidas como sonido. La cabeza reproductora y la cabeza grabadora pueden ser la misma o diferentes. Las cintas, que pueden borrarse con facilidad para su reutilización, no sufren el desgaste propio de los discos gramofónicos.

3.2.1.1. Naturaleza de las grabaciones magnetofónicas

Las grabaciones magnetofónicas, como medios de pruebas, consisten en el registro de sonidos a través de un magnetófono o grabadora en la cual se inserta reproducciones de voces totalmente fieles a la realidad en una situación jurídica especial, que en un momento determinado pueden llegar a ser pruebas de algún hecho en juicio.

Siendo ésta una forma de prueba moderna, que aunada a otros medios contemporáneos de pruebas, los cuales tal vez no están taxativamente establecidos y analizados por nuestras legislaciones han surgido con la evolución del mundo moderno, donde se ha llegado a la necesidad de utilizarlas dada la importancia que de ellas se logra dentro del hermoso mundo probatorio, con la sola finalidad de llevar al juez a la más fiel convicción de lo sucedido entre el demandante y demandado, para que éste dicte sentencia.

Al efectuar el análisis sobre la naturaleza de las grabaciones, los pareceres doctrinales son muy variados.

Algunos autores consideran que estas pruebas tienen naturaleza y una consideración analógica a la prueba documental, sin embargo partiendo de que la noción de documento tradicionalmente es “un objeto de papel o materia semejante al que se incorpora un pensamiento humano mediante signos gráficos de escritura.”²² un sector de la doctrina opina que la escritura (impresa, manual o de cualquier tipo) constituía un requisito necesario para atribuir la condición de documento a un determinado objeto o

²² GÓMEZ ORBANEJA, cfr. Derecho procesal civil, 8ª edición, Madrid, 1979, pág. 339.

soporte, quedando excluidos de dicha noción: las cintas de vídeo o magnetofónicas, planos, etc.

Otros autores como Serra Domínguez, por el contrario, niegan que la expresión escrita constituya una nota esencial en la noción de documento y se complacen con la existencia de un soporte de cualquier naturaleza que resultase idóneo para representar hechos o actos jurídicos relevantes en el proceso. De este modo, se consideran documentos: los modernos medios o instrumentos de reproducción de la palabra, la imagen y el sonido y, en general, toda representación gráfica realizada mediante signos no escritos, pues se trata de soportes aptos para representar hechos.

En todo caso, tanto si se sostiene la necesidad de la escritura o si se adopta el criterio de la mera obediencia representativa, existe unanimidad en que el soporte debía consistir en una cosa mueble, fácilmente trasladable a presencia judicial.²³

Buscando la existencia de una regulación sobre el particular, tomamos como base lo señalado sobre pruebas el Libro III – proceso penal-del Código judicial, que remite a las normas del libro II –proceso civil- título VII sobre pruebas, y encontramos que en el capítulo III “ sobre Documentos” sección 3ª “ Documentos Privados”, el artículo 875 indica:

“Artículo 875. Para acreditar hechos o circunstancias que tengan relación con el proceso que se ventile, pueden las partes presentar fotografías, copias fotostáticas, cintas cinematográficas y cualesquiera otras reproducciones fotográficas o por cualquier otro medio técnico o científico. Estas pruebas serán apreciadas por el Juez.

²³ En este sentido por citar alguno CORDÓN MORENO, DOMÍNGUEZ cfr. Prueba Documental, ob.cit, MONTERO AROCA, La prueba en el proceso civil, 2ª edición, Madrid, 1998, págs. 143 y 144.

Como medio de pruebas deben admitirse también los registros dactiloscópicos, fonográficos y demás elementos que produzcan convicción en el ánimo del Juez. La parte que presente estos medios de prueba deberá suministrar al Tribunal los aparatos o elementos necesarios para que pueda apreciarse el valor de los registros y reproducirse los sonidos o imágenes. Estas pruebas pueden también ser decretadas de oficio por el Juez, aisladamente o con ocasión de una inspección o de otra diligencia cualquiera...”

Al efectuar un análisis de esta cita, podemos señalar que la ley panameña contempla expresamente entre los denominados documentos privados, las reproducciones de vídeo o a través de casetes, fotografías y otros.

A nuestro criterio, la noción de documento que se parte en esta norma es la de soporte u objeto mueble, fácilmente trasladable a presencia judicial, susceptible de ser copiado o reproducido también con comodidad y capaz o idóneo para incorporar signos gráficos-de escritura u otro tipo-inmediatamente legible o visualizables como prueba en el proceso.

3.2.1.2. Breve Reseña Histórica sobre su utilización en el proceso

Las primeras grabaciones de la voz humana aparecen a finales del siglo XIX, el primer instrumento de lectura magnética, denominado "telegráfono", fue inventado en 1898 por el ingeniero eléctrico danés Valdemar Poulsen, quien utilizó una cinta magnetizada de acero para transmitir mensajes. Actualmente, el soporte más habitual para grabar cintas es el casete compacto con cinta de dos o cuatro pistas. El tamaño de las grabadoras y reproductoras actuales varía desde los portátiles con auriculares en estéreo hasta los complejos sistemas de alta fidelidad para el hogar. Las

grabaciones magnetofónicas fueron añadidas en nuestros Códigos en las distintas legislaciones hace 30 años. En nuestro país se incorporan en el Código Judicial de 1987.

En el derecho comparado, con respecto al caso venezolano, las grabaciones fueron incorporadas en 1987, y aunque fue agregado al sistema probatorio hace dieciséis años, no es considerado como un medio probatorio autónomo. En este caso no se le concede la importancia que merece esta clase de pruebas. Con relación a este tema la Dra. Irma Cavero en su estudio titulado "Diversas pruebas novedosas en el ordenamiento Jurídico Venezolano" al referirse a los registros magnetofónicos sostiene que "este medio probatorio no es muy usado en nuestro país, por lo que no hay muchos comentarios al respecto entre los grandes doctrinarios patrios y el Tribunal Supremo de justicia...". Es este punto muy interesante, ya que en la parte de estudio de campo analizaremos el uso que se le da a los medios probatorios en nuestro país.

En Venezuela, el Artículo 98 de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, es donde se admite la grabación como medio de prueba, de la siguiente manera:

"El mismo día en que sean contestados los cargos o queden contestadas las excepciones dilatorias o de inadmisibilidad opuestas, se entenderá abierto, sin necesidad de decreto previo ni de notificación alguna, un lapso de treinta audiencias para promover y evacuar las pruebas que el Ministerio Público, el encausado o el juez consideren convenientes: experticias e inspecciones oculares, documentos públicos o privados, declaraciones de testigos, facultativos y peritos y demás medios de pruebas previstos en las leyes y códigos vigentes, así como también fotografías y grabaciones, a juicio del juez. El lapso de pruebas aquí previsto se dividirá, de conformidad con lo que sobre la materia establece el Código de Procedimiento Civil, en dos períodos precisos: el primero, para que durante él se promuevan las pruebas; y el segundo, para que se evacuen con toda diligencia, salvo las pruebas de testigos, informes de peritos y facultativos, quienes rendirán sus declaraciones en los debates del juicio oral."

Observamos que al igual que en Panamá, además de las pruebas taxativamente establecidas por la legislación venezolana, el legislador permite lo que es el sistema de Pruebas Libres, siempre y cuando sean legales, eficaces por su pertinencia y consentidas por la ley.

Estos medios se promoverán y evacuarán aplicando por analogía las disposiciones relativas a los medios de pruebas semejantes contemplados en el Código Civil, y en su defecto en la forma que señale el juez.

En base a esta premisa, se puede deducir que en el proceso civil y penal venezolano existen dos formas de medios de prueba de grabación magnetofónicas: las realizadas en el propio proceso bajo la orden y supervisión del director del mismo, y en un segundo lugar las realizadas bajo la figura de Prueba Libre.

También hay una tercera forma de grabación magnetofónica, si se hace alusión a las grabaciones telefónicas utilizadas mayormente en el campo penal, bien establecido y aclarado en la ley de Intercepción Telefónica de Brasil. Cuya doctrina plantea que esa clase de intercepciones que consisten "en la captación de la conversación de un tercero, sin el conocimiento de los interlocutores, o con el conocimiento de uno de ellos, puede ser hecha por un grapamento (enganche) del teléfono, entonces ocurre la intercepción telefónica. Incluso la grabación clandestina referida a cuando uno de los interlocutores graba su propia conversación, telefónica o no, con el otro, sin el conocimiento de este".

En dicha doctrina se clasificaron las posibles captaciones telefónicas de la siguiente manera:

- "la interceptación de conversación telefónica por terceros, sin el conocimiento de los dos interlocutores.
- "la interceptación de conversación telefónica por terceros; con conocimiento de uno de los interlocutores.

Por su parte, *la Constitución Política Panameña establece lo atinente a la inviolabilidad de las conversaciones telefónicas y de la correspondencia como un derecho fundamental*, regulado en el artículo 29 de la Carta Magna, y dentro de ese contexto la inviolabilidad de la correspondencia y demás documentos privados.

Es importante entonces, destacar la privacidad como derecho fundamental que le asiste a todos los sujetos de derecho, y que consiste en mantener reservas sobre las diversas situaciones relacionadas con la vida privada, como derecho personalísimo que es donde se le debe garantizar un ámbito físico y privado y en lo personal, una autodeterminación al individuo que le permita tomar decisiones por sí mismo, ajenos a los ojos del público como: elegir sus sentimientos, domicilio, sus escritos.

El derecho a la privacidad ha sido garantizado por diversos cuerpos normativos en el ámbito internacional, así tenemos:

- a) La *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* de abril de 1948, en su artículo 5 establece el derecho a la protección, a la reputación

personal y la vida privada y familiar.

- b) *Declaración Universal de los Derechos Humanos* de Diciembre de 1948, dispone en el Artículo 12 “*Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familiar, su domicilio, o su correspondencia, ni de ataques a su honra y reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.*”
- c) El *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* de Naciones Unidas de 1966, en su artículo 17 tiene una norma similar.
- d) *La Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José.*
- e) El *Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos*, en su artículo 8 establece: “*Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y correspondencia.*”

En relación con el tema para el Profesor *Rigoberto González Montenegro*, en su monografía “*Las Intervenciones Telefónicas*”, en el referido artículo 29 de la Constitución Política se dejan establecidos varios supuestos, y que él los denomina de la siguiente manera:

- 1.- *La inviolabilidad y por tanto, la prohibición de ocupar o examinar la correspondencia y demás documentos privados de la persona titular de este derecho.*
- 2.- *Al no ser un derecho absoluto, éste puede ser restringido o sea que la correspondencia o documentos privados podrán ser ocupados o examinados mediante disposición de autoridad competente, para fines específicos y mediante formalidades legales.*
- 3.- *Si bien es posible ocupar o examinar o tener acceso a la correspondencia o documentos privados de una persona de acuerdo a los parámetros fijados en la norma en referencia, se deberá guardar reserva de los asuntos ajenos al objeto de la ocupación o del examen.*

- 4.- *Con relación a las comunicaciones telefónicas se establece que “igualmente...son inviolables y no podrán ser interceptadas”.*
- 5.- *Finalmente, se señala que el registro de papeles se ha de efectuar siempre en presencia del interesado o de un apersona de su familia y que en defecto de ésta, de dos vecinos honorables del mismo lugar.”*

Igualmente, debemos señalar que luego de la reforma de 2004, la autorización para grabar conversaciones privadas solamente puede darse mediante mandato de la autoridad judicial competente, y ésta de acuerdo con el artículo 7 de la Constitución Política, lo es el Órgano Judicial, no siendo atribuida esta función al Ministerio Público; y sobre esto existe una polémica. No obstante, en la práctica el Ministerio Público en el desempeño de su función de representante de la sociedad, consistente en investigar los delitos y contravenciones que turben el orden social, como ha señalado la Corte tiene facultad para llevar a cabo intervenciones telefónicas, pero para ello se deben cumplir condiciones y requisitos previos. Al respecto en fallo del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de 18 de julio de 2003, bajo la Ponencia del magistrado José A. Troyano, se señaló:

“En este sentido, en vía de excepción a las amplias facultades del Ministerio Público, tenemos por ejemplo las investigaciones relacionadas con las intervenciones telefónicas privadas contempladas en el artículo 29 de la Constitución Nacional y las posibles violaciones que al derecho a la intimidad se pueda producir al investigarse un delito, el Pleno mediante sentencia de 6 de octubre de 1998 y 11 de noviembre de 1999, dejó sentado que la autoridad competente (entiéndase agente del Ministerio Público), no goza de facultades investigativas absolutas desde el momento en que le señaló que para llevarlas a cabo se requiere cumplir ciertas condiciones y requisitos previos, señalándose los siguientes:

- a.- Que la injerencia se encuentre prevista en la ley y el acto esté revestido de formalidades legales,
- b)- Que lo autorice la autoridad competente,
- c)- El deber de especificar claramente su propósito,

- d)- Guardar absoluta reserva sobre los aspectos distintos al objetivo de la filmación o grabación de la conversación o comunicación telefónica, según el caso,
- e)- Que existan serios y graves indicios de la comisión de un delito, y;
- f)- Que se trate de un delito grave.

A manera de conclusión podemos afirmar entonces, que en nuestro país el derecho a la intimidad comprendido en el mencionado artículo 29 de la Constitución Nacional, relativo a la inviolabilidad de la correspondencia y las comunicaciones telefónicas privadas, pueden ser objeto de limitaciones en el transcurso de la investigación de los delitos, pero ello sólo es posible como un recurso excepcional para obtener fuentes de prueba en el que las actuaciones de la autoridad competente deben quedar supeditada a un control efectivo, que se traduce en los presupuestos que debe observar, como los señalados anteriormente, para no sacrificar derechos fundamentales”.

Lo anterior, implica que debe existir una orden de autoridad competente motivada sobre las bases de indicios graves, no pudiendo basarse para legitimar la medida en simples sospechas, requiriendo la medida fundamentos serios y que se trate de delito grave.

En cuanto a la regulación Legal de la materia en la Legislación Panameña, existe **la Ley 13 de 27 de julio de 1994, que introdujo reformas a la Ley 23 de 1986, la cual trata de los delitos relacionados con Droga, donde se adicionó el artículo 21-b, que corresponde actualmente al artículo 26 del Texto Único de la Ley, mediante este precepto se permite utilizar la intervención telefónica autorizada por el Procurador General de la Nación.** El texto de la norma dispone la siguiente:

“Artículo 26. Cuando existan indicios de la comisión de un delito grave, el Procurador General de la Nación podrá autorizar la filmación o la grabación de las conversaciones y comunicaciones telefónicas de aquellos que estén relacionados con el ilícito, con sujeción a lo que establece el artículo 29 de la Constitución Política.”

También existe la Ley 31 de 1996, que regula las Comunicaciones Telefónicas en Panamá. En el artículo 6 de dicho precepto legal se establece lo siguiente:

“Artículo 6. Las telecomunicaciones son inviolables. No podrán ser interceptadas ni su contenido divulgado, salvo en los casos, en la forma y por las personas que autorice la Ley.”

Finalmente, tenemos el Decreto Ejecutivo N°21 de 1996, por el cual se reglamenta lo concerniente al servicio de telefonía móvil-celular en Panamá. Este decreto también permite que se pueda intervenir la comunicación cuando pueda llevarse a cabo a través de telefonía móvil- celular; el artículo 19 dispone lo siguiente:

“Artículo 19. El concesionario protegerá con la diligencia de un buen padre de familia y de conformidad a la legislación vigente, la inviolabilidad, la intimidad y el secreto de la correspondencia, mensaje e información privada, de cualquier tipo, cursada a través de su sistema y en ningún caso autorizará la divulgación de dichas comunicaciones sin el consentimiento expreso de los interesados u orden de autoridad competente.”

Todas las normas legales transcritas permiten intervenir las comunicaciones telefónicas, cuando existan indicios en la comisión de un delito, que el delito que se investiga sea catalogado “grave”, que la intervención haya sido ordenada por el Procurador General de la Nación y que la intervención recaiga respecto a los actos relacionados con el ilícito; todas estas normas fueron demandadas de inconstitucionales y el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, declaró la constitucionalidad de las mismas.

El problema que se ha planteado con la utilización de los nuevos medios de captación de imágenes y sonidos en el proceso penal, no sólo se manifiesta en el derecho a la privacidad, sino también, y, fundamentalmente con el derecho al debido proceso, y en particular al derecho de defensa y al derecho a probar.

Se ha manifestado, que el proceso penal tiene como fin esencial el descubrimiento de una pretendida *verdad-real* y dentro de un marco de justicia, y para ello el proceso se desenvuelve teniendo ciertos procedimientos o reglas que lo ordenan para así evitar que se violen los derechos constitucionales fundamentales. Y es por esa razón es que esa verdad no puede ser obtenida a cualquier precio, sino, por vías reglamentadas legalmente *y por eso la verdad que debe estar en el proceso es la verdad del expediente.*

De allí, que los dos intereses públicos en juego en el proceso penal, lo son: 1) *El interés social*, que se manifiesta en la represión del delito y que busca la aplicación de la ley en el caso concreto. 2) *el interés individual*, que busca que no sean violados los derechos del individuo o del imputado más allá de lo estrictamente legal y racional, evitándose afectaciones a la libertad personal y a los abusos innecesarios. Estos dos intereses deben tener un equilibrio para la protección del orden jurídico y la seguridad jurídica, cuando estos derechos son violentados, se busca garantizar su equilibrio y para esto las personas hacen uso de lo que se conoce como el *debido proceso legal*, que es una garantía constitucional para el respecto de los derechos fundamentales. Por lo que el respeto de esta garantía debe ser observada por el juzgador penal durante todo el trámite del proceso, y por esa razón el proceso penal se rige por principios como la legalidad, la

inviolabilidad del derecho de defensa, la prohibición de obligar a la persona de declarar contra sí misma, el derecho a la prueba; fijándole al Estado barreras en el ejercicio del *ius puniendi* que él mismo posee.

3.2.2. El audiovisual como medio de prueba

En términos generales, las técnicas de grabados son procesos de duplicación, creación y reproducción de imágenes. Dentro de esta materia existen dos clasificaciones elementales: los realizados de forma fotomecánica, como las ilustraciones de periódicos y revistas o las reproducciones de obras de arte originales (como los cuadros de los maestros antiguos) que se realizan con fines comerciales, y los creados a mano para reproducción limitada, por medio de técnicas que requieren una determinada capacidad artística y de materiales especiales.

3.2.2.1. Noción de Audiovisual

Consiste en la "integración artificial de una imagen icónica proyectada y un contenido sonoro grabado que opera en forma simultánea como una sola entidad".

Se diferencia de otras representaciones gráficas (v. gr. la fotografía) por su contenido sonoro.

En tal sentido, el Audiovisual está constituido por dos elementos básicos, que son:

- 1.- Una imagen icónica (visual), representada por una dispositiva en blanco y negro o en colores.
- 2.- Un contenido sonoro, representado por sonidos (música, palabras u otras manifestaciones) que se expresan a través de una grabación en un soporte material.

Considerados como elementos diferentes, destinados a estimular el oído y la visión del receptor, para lo cual deben ser proyectados o emitidos, y para que esa proyección o emisión sea posible, es indispensable la organización secuencial de las imágenes y de los sonidos, para que el conjunto tenga continuidad lógica o dramática. Por ello, el movimiento de la imagen viene ser una de las características que junto con los otros elementos, distinguen el audiovisual de otras formas de expresión (v. gr. De la fotografía o de la grabación sonora).

Organizados todos estos elementos, dependiendo de la finalidad con que se haya producido y del soporte material en que se haya fijado o grabado, el audiovisual puede ser transmitido mediante la utilización de artefactos mecánicos, equipos electrónicos o de otra clase, especialmente diseñados para tal fin.

Se plantea la incertidumbre sobre si las representaciones visuales de imágenes con movimiento, aun sin sonido, pueden ser consideradas como audiovisuales (v. gr. una película muda), en estos casos, la característica determinante del medio es la organización de las imágenes en forma secuencial, y su expresión dinámica (con movimiento).

Por las innumerables ventajas que presenta el uso del audiovisual como representación de cualquier fenómeno o creación humana, es utilizado en múltiples aplicaciones que van desde el campo cultural, comprendiendo los audiovisuales de naturaleza recreativa y educativa o formativa, hasta su utilización en el campo científico y la química, la geología, biología, entre muchas otras disciplinas.

En tal caso, un audiovisual puede contener representaciones de hechos reales sucedidos, o de hechos creados por la mente que no corresponden a un acontecer humano, como sería el que contiene dibujos animados.

En este estudio nos referiremos al audiovisual que reproduce hechos ocurridos que se utilizan para captar y representar sucesos históricos, fenómenos naturales y científicos. Aunque normalmente son empleados para dejar constancia de acontecimientos ocurridos en el pasado, sin ninguna finalidad específica. El audiovisual tiene gran utilidad en el campo científico al ser utilizado como medio de apoyo para facilitar la investigación y el estudio de fenómenos de interés científico.

3.2.2.2. Comparación del Audiovisual con otros medios de Pruebas

El audiovisual ha sido comparado con otras pruebas v. gr. los documentos y la inspección judicial.

3.2.2.2.1. Documentos

Existen diversas opiniones en la doctrina sobre la posibilidad de considerar al medio audiovisual como una especie dentro del género de los documentos.

A favor de la consideración del medio Audiovisual podemos manifestar que constituye una creación del hombre la cual forma un pensamiento objetivizado, anexas a los autos, y que en virtud de ello, puede adquirir autenticidad y ser copiable en forma certificada. En este sentido, se expresa el Autor Devis Echandía cuando define el documento como: "toda cosa que sea producto de un acto humano, perceptible con los sentidos de la vista y el tacto, que sirve de prueba histórica indirecta y representativa de un hecho cualquiera"; y posteriormente, incluye las fotografías, microfotografías, radiografías, electrocardiogramas, películas, grabaciones y discos, dentro de la noción de documentos privados sin firma.

Se puede sostener en contra de las consideraciones del medio Audiovisual como especie de género documental, ya que existen circunstancias y características con respecto a este medio que permiten diferenciarlo claramente de los documentos, entre los cuales cabe destacar:

- El Medio Audiovisual, por sus características especiales, puede, a diferencia del documento, significar fácilmente la expresión corporal o el sonido a través de secuencias con movimiento, lo cual es irreproducible en los instrumentos escritos o en las fotos.
- El Medio Audiovisual, a diferencia del medio documental, requiere para su apreciación, de actos procesales en los cuales sea mostrado su contenido (proyección), lo que hace que su posibilidad de control produzca en forma diferente a la del documento, pues estos últimos se encuentran en autos, a la orden de los sujetos procesales en todo momento.

- El Medio Audiovisual, a diferencia del documento, no tiene por qué contener declaraciones, y
- Al Medio Audiovisual, no se le puede aplicar el régimen de Autenticidad de los documentos en forma estricta, por su propia naturaleza.

3.2.2.2.2. La Inspección Judicial

Se puede afirmar que el medio Audiovisual tiene características tales que le permiten asimilarse en cierto modo a una Inspección Judicial. No obstante, ello resulta incorrecto, debido a que los medios Audiovisuales, a diferencia de la Inspección Judicial, normalmente versan sobre hechos ocurridos en el pasado (hechos históricos) o sobre ficción; y en cambio, la Inspección Judicial consiste en una apreciación directa del juez a través de los sentidos, y en el caso del Audiovisual, aun cuando se trate de hechos reales, su apreciación no ocurre directamente (por lo que puede ser alterada y carecería de sentido si se tratase de una Inspección). Igualmente, su proyección permite realizar exámenes que en la inspección judicial no son posibles, tal como ocurre si se "congela" la imagen del Audiovisual para apreciar ciertos detalles difíciles de captar, o si se proyecta a una velocidad diferente para lograr efectos visuales.

En conclusión, el Medio Audiovisual, debe ser señalado como Medio de Prueba Autónomo por las características peculiares que posee, puesto que por sí solo trae hechos al proceso.

El medio audiovisual se obtiene una vez identificado plenamente como un recurso de importancia para el proceso, el cual va a ser sometido a una experticia para dejar

constancia de determinados hechos que sólo pueden ser conocidos debido a la apreciación o verificación que de ellos hagan técnicos, científicos o especialistas en una materia.

3.2.2.2. Utilización dentro del proceso

Los Medios Audiovisuales, pueden constituir efectivamente medios de prueba no sólo porque contengan registros de hechos que prueben alegatos controvertidos por las partes (v. gr. Si se tratara de un hecho ilícito que se reproduce en él).

En relación con su uso como prueba *el Audiovisual, es considerado un medio de Prueba por la sencilla razón de que trae los hechos afirmados al proceso, permitiendo que queden al alcance de los sujetos procesales durante toda la causa.*

La **cámara filmadora y el proceso de captación de imágenes y sonido**, funcionan con los mismos principios ópticos que el ojo y el oído humano; la imagen del objeto es captada a través del objetivo de la cámara, el cual cuenta con un objetivo similar al de los objetivos de las cámaras fotográficas (lentes convergentes y divergentes, obturador y diafragma) y es transmitida sobre un tubo analizador de la imagen y cinta magnética produciéndose el grabado del mismo. Los sonidos son captados a través de pequeños micrófonos, incorporados, transmitiendo las ondas sonoras a través de señales eléctricas.²⁴

²⁴FREITA, Benito Amilcar. Sistemas Actuales de Análisis en Criminalística. Editorial La Roca, S.A., Argentina. 2001.

Son modernos medios de registro que presentan la ventaja sobre los tradicionales como los testigos y los peritos; ya que revelan el propio hecho de manera objetiva y sin ningún tipo de aditamento externo.

3.2.3. Instrumentos modernos de archivo de datos.

Buscando una definición legal de “dato” encontramos que según la Ley Canadiense de 1985 sobre delitos informáticos, "dato" señala la representación de informaciones o de conceptos que son preparados de manera que puedan ser utilizados en una computadora.

También la ley Venezolana sobre delitos informáticos, señala que "dato" son los hechos, conceptos, instrucciones o caracteres representados de una manera apropiada para que sean comunicados, transmitidos o procesados por seres humanos o por medios automáticos y a los cuales se les asigna o se les puede determinar un significado.

En el uso de esta tecnología intervienen: un remitente, el destinatario y el documento.

-Remitente: persona que envía el mensaje de dato.

-Destinatario: persona a quien va dirigido el mensaje de datos.

-Documento: registro de forma escrita, incorporado en un sistema, vídeo audio o cualquier otro medio, que contiene data o información acerca de un hecho o acto capaces de causar efectos jurídicos.

La rama de la tecnología que se dedica al estudio, aplicación y procesamiento de datos, se le denomina “Tecnología de la Información”. Ésta involucra la obtención, creación, almacenamiento, administración, modificación, manejo, movimiento, control, visualización, transmisión o recepción de información en forma automática, así como el desarrollo y uso del "hardware", "firmware", "software", cualquiera de sus componentes y todos los procedimientos con el procesamiento de datos.

El mensaje de datos proviene efectivamente del emisor. En cuanto a la autoría de un mensaje de datos, se ha indicado por especialistas en la materia, que si en un juicio se presenta como prueba un determinado mensaje electrónico como emanado de una persona o de algún causante suyo, y ésta niega el origen o autoría del mensaje de datos, el proponente de la prueba podrá demostrar estas circunstancias, a través de la firma electrónica (en el caso que se haya hecho uso de algún mecanismo de seguridad para atribuir la autoría del mensaje), de los datos o rastros del lugar de origen (computador) que haya dejado en el sistema de recepción de documentos electrónicos; así también, el origen del mensaje puede demostrarse si el computador desde el cual éste fue emitido es de uso exclusivo de la persona contra la cual se produce el documento (por ejemplo, si se trata de un computador de uso personal o exclusivo de determinada empresa u organismo).

Trascendente es destacar la importancia de la firma electrónica, ya que en cuanto concierna a la autoría, es preciso advertir que la firma del documento es el medio idóneo, pues la misma tiene como propósito lograr la identificación de las partes contratantes.

Ahora bien, como todos sabemos, los documentos informáticos carecen de firma autógrafa; por lo que en esta materia se ha llegado a hablar de la *crisis de la suscripción*. Sin embargo, la doctrina ha llegado a considerar que la ausencia de suscripción en los mensajes electrónicos, se subsana con la demostración de la exclusividad en el uso del instrumento técnico, el cual permite identificar el origen o procedencia del documento.

Así pues, la firma electrónica no es el único sistema o método para acreditar la autoría de un mensaje de datos; sin embargo, uno de los medios más seguros de lograr seguridad jurídica en cuanto a la autoría de un documento electrónico es la utilización de una *firma electrónica*, pues a través de éste se permite vincular al firmante con el contenido del documento. Con la firma digital se resuelve, eficazmente, el problema de ¿cómo saber si quien envía el mensaje es quien dice ser y no un impostor?

Es hasta aquí cuando podemos señalar que por firma electrónica se entiende *cualquier método o símbolo basado en medios electrónicos utilizado o adoptado por una parte con la intención actual de vincularse o autenticar un documento, cumpliendo todas o algunas de las funciones de una firma manuscrita. Así tanto es firma electrónica la firma manuscrita digitalizada, como las firmas electrónicas que, con tecnología más avanzada, se crean utilizando sistemas de criptografía.*

Un ejemplo de la seguridad que se logra con la utilización de firmas electrónicas podría ser el siguiente: Si estamos comunicándonos con un banco – en el ciberespacio, por supuesto- y deseamos probar nuestra identidad, sólo tenemos que guardar el mensaje con nuestra clave privada (firma); entonces, el banco puede abrir el texto con nuestra clave pública, tomada de nuestro certificado digital, lo que prueba que somos la única persona que pudo haber cifrado ese mensaje (este proceso describe lo que los criptógrafos denominan la firma digital).

Una firma digital ofrece una forma segura de asociar el mensaje con la entidad que lo envía, de tal manera que permite demostrar la autoría.

Si acudimos al derecho comparado, vale destacar que algunas leyes estatales de los Estados Unidos estipulan, ya sea implícita o explícitamente, que la “*firma*” puede ser electrónica. En el estado de Utah, la creación de documentos electrónicos que emplean técnicas de cifrado de clave pública, aprobadas por un ente gubernamental autorizado responsable de la certificación de dichas claves, hace presumir que la firma electrónica contenida en el documento constituye el consentimiento de las partes con su contenido y se considera que el documento electrónico debidamente firmado tendrá la misma validez que un documento de “*papel*”. En consecuencia, en el estado de Utah un usuario de Internet puede tener la certeza de que su documento electrónico (si ha sido cifrado utilizando las técnicas de la llave pública) será admisible como evidencia dentro de un proceso para probar un contrato ejecutado.

En nuestro país existe la Ley No. 43 de 31 de julio de 2001 que define y regula los documentos y firmas electrónicas y las entidades de certificación en el comercio electrónico, y el intercambio de documentos electrónicos. En ella se determina que cuando la ley exija la presencia de una firma en relación con un documento electrónico o mensaje de datos, se entenderá satisfecho dicho requerimiento si éste ha sido firmado electrónicamente. Para mayor ilustración esta norma textualmente establece:

“Artículo 7. Firma. Cuando la ley exija la presencia de una firma establecerá ciertas consecuencias en ausencia de ella, en relación con un documento electrónico o mensaje de datos, se entenderá satisfecho dicho requerimiento si éste ha sido firmado electrónicamente. La firma electrónica, cualquiera que sea su naturaleza, será equivalente a la firma manuscrita para todos los efectos legales. En cuanto a su admisibilidad en juicio y al defecto probatorio de los documentos y firmas electrónicas se aplicará lo dispuesto en la presente ley.....”

Igualmente, la ley No. 43 de 2001 en su Artículo 25, preceptúa que se considera que el uso de la firma electrónica tendrá la misma fuerza y efectos que el uso de una firma manuscrita, si aquella tiene como atributos, los siguientes: es susceptible de ser verificada, es única de la persona que la usa, está bajo el control exclusivo de la persona que la usa y está ligada a la información o mensaje.

En cuanto a los mensajes de datos firmados electrónicamente, se indica que se entenderá que un mensaje de datos ha sido firmado, si el símbolo o la metodología adoptada por la parte, cumple con un procedimiento de autenticidad o seguridad. Para ello se establece la creación de Prestadores de Servicios de Certificación.

El Certificado Electrónico se define como aquel mensaje de datos, que al ser proporcionado por un Proveedor de Servicios de Certificación, le otorga validez y certeza a la Firma Electrónica.

Se entiende por "Firma Electrónica", la Información que, creada o utilizada por el signatario y asociada al mensaje de datos, permite atribuirle su autoría bajo el contexto en el cual ha sido empleado. La firma electrónica simple es el conjunto de datos que sirven exclusivamente para identificar al autor; mientras que la firma electrónica avanzada además de permitir la identificación del signatario, garantiza que ha sido creada bajo exclusivo control, pudiendo detectarse cualquier modificación en el contenido documental.

3.2.3.1. Documento electrónico y su uso en el proceso

Por lo general, el documento electrónico es el producto de una transcripción de otro documento en papel que, luego de reproducirse digitalmente, es descartado. Ya aquí partimos de la duda sobre su integridad. ¿fue transcrito todo lo dicho?

Estas dudas existían antes de la nueva tecnología. Lo nuevo es que ahora se puede ir a la matriz informática y constatar que el documento reproducido es fiel copia de lo transcrito originalmente.

Es obvio que estamos hablando de un documento objetado y no firmado manualmente. Si el Juez debe buscar la verdad, tiene que ser asistido por un perito

informático. Para ello consideramos que la Corte Suprema de Justicia debe elaborar un listado de peritos idóneos, con experiencia en escudriñar entre archivos y programas.

En cuanto a su uso dentro del proceso, debemos tener presente que el mismo código expresa que para acreditar hechos o circunstancias que tengan relación con el proceso que se ventile pueden las partes presentar fotografías, copias fotostáticas, cintas cinematográficas y cualesquiera otras reproducciones fotográficas o por cualquier otro medio técnico o científico.

Las expresiones "medios técnicos", "cualquier otro medio racional", "cualquier otro procedimiento de comprobación científica", "cualquier otro procedimiento similar", "cualquier otro medio técnico o científico" y otros similares, que se caracterizan por lo prudente (medios tecnológicos) han sido utilizados por el legislador para no hacer referencia, en concreto, a ninguna técnica o soporte en especial, y no restringir el uso del medio técnico por venir tomando en consideración la rápida evolución y acogida jurídica de estos nuevos elementos.

La amplitud probatoria que se nos brinda, es el resumen del pensamiento del profesor uruguayo Eduardo Couture quien dijo:

"...cuando se trata de fijar el régimen procesal de los diversos medios de prueba no especialmente previstos, se hace necesario asimilarlos a los especialmente previstos. Así, la impresión dactiloscópica, la fotografía y radiografía, se rige por los principios de la prueba documental; es asimismo, un documento en sentido amplio, el disco sensible en que se ha grabado una voz, un ruido o un período musical, la prueba hematológica,

la autopsia y la misma radiografía caen directo del campo de la prueba pericial".²⁵

Con la opinión de Couture y lo dicho en nuestro ordenamiento, ¿cómo podemos negarle la entrada al documento electrónico como prueba en el proceso?.

No existe norma alguna que inhiba al juez para darle un valor probatorio a los documentos electrónicos, el asunto es lograr la valoración de la autenticidad y de la seguridad del documento electrónico.

La citada ley No. 43 de 2001, si bien se enfoca al comercio electrónico, es la única legislación que en nuestro país establece la admisibilidad y fuerza probatoria de los documentos y firmas electrónicas y mensajes de datos a los que da la misma fuerza probatoria otorgada a los documentos en el Capítulo III, del Título VII del Libro Segundo de Procedimiento Civil del Código Judicial.

El problema, para lograr la utilización de documentos electrónicos, mensajes de datos como prueba en los procesos penales panameños, está en los "escépticos de conveniencia" que han obligado, por ejemplo, que se emita una ley en donde se especifica que el ADN (Ácido desoxirribonucleico) puede ser aceptado como prueba a pesar del contenido del Artículo 780 del Código Judicial en cuanto a los medios científicos y específicamente a las pruebas hematológicas o análisis hematológicos.

²⁵ COUTURE En: HERRERA BRAVO, Rodolfo, El documento electrónico: algunas vías de aplicación en el derecho probatorio chileno, Santiago de Chile, 1999).

Quizás, el mal hábito que hemos adquirido de querer ser en extremos taxativos, obligue a que se emita una adición a los artículos transcritos, en donde se regule la admisión del documento electrónico o documento informático o digital como prueba en el proceso penal panameño.

CAPÍTULO CUARTO

VALOR PROBATORIO DE LOS MODERNOS MEDIOS TECNOLÓGICOS DE

PRUEBAS

4.1. Definición de Valoración de la prueba

Al hablar de valoración de la prueba, nos referimos a la determinación de la fuerza y eficacia de las pruebas para demostrar un hecho.

En relación con la valoración y la apreciación de las pruebas, existen tres sistemas:

- El sistema de la prueba tasada o tarifa legal.
- El sistema de la libre apreciación o íntima convicción.
- El sistema de la Sana Crítica.

Cada sistema responde a representaciones colectivas de los países, a su estructura cultural. Así, el sistema de la prueba legal o tarifa legal, responde a una sociedad medieval- con su concepción escolástica, ya que procede del derecho Ítalo-canónico y fue un reflejo de la concepción escolástica que trataba de encontrar soluciones apriorísticas a todo. Por otra parte, la libre convicción corresponde a la época post-revolución Francesa, de carácter individualista, y la sana crítica, a una concepción intermedia, racionalista.

Por considerarlo de gran interés, a continuación nos referiremos a cada uno de los sistemas de valoración de la prueba.

4.2. Clasificación de los Sistemas de Apreciación de la Prueba

Cada uno de los sistemas de valoración de la prueba: Prueba legal, libre convicción y sana crítica, poseen características que nos permiten distinguirlos. Veamos:

4.2.1. Prueba Legal o Tarifa Legal

Bajo este sistema se encuentra la prueba que es determinada por la Ley; y siendo así, su valoración tiene que ajustarse a la que le fue otorgada por el legislador, no pudiendo el Juez interpretarla de otra manera. Constituye el sistema adoptado en nuestro Código Judicial de 1917 (derogado), en el que a cada medio de prueba se le señalaba a priori un valor específico que el juez debía aplicar sin desviación, ya que de lo contrario incurría en error de derecho en la apreciación de la prueba. Sólo en vía de excepción al apreciar ciertos medios (indicios y el dictamen pericial), el juez gozaba de cierta libertad para valorar. De modo que se puede señalar que el juez realizaba una operación virtualmente aritmética; contaba la prueba, no la pesaba.

Con la intención de excluir el arbitrio de los juzgadores, el derecho canónico, le dictaba al juez reglas para dirigir su juicio, respecto al valor de las pruebas. En este sistema toda prueba aparecía regulada por lo que se hablaba de plena prueba, prueba semiplena (a su vez podía ser *minus plena probatio*, *semplena major*, *semplena minor*) un cuarto de prueba o un octavo de prueba. Por ejemplo: dos testigos hacían plena prueba; en cambio el testimonio de una sola persona no podía producir plena prueba (tesis *humus testis nullius*), salvo-en la tradición canónica-que fuera el testimonio de un

cardenal o del Papa. La declaración de la mujer era valorada en la mitad o en un tercio de los testimonios de los varones. El testimonio de los “nobles” valía más que el de los que no eran nobles. El testimonio del rico era preferido al del pobre. La declaración de un testigo de edad valía más que el de un joven.

El sistema de la tarifa legal frenó la arbitrariedad de los jueces, ya que los colocó en la misma situación que a cualquier otro funcionario: no podía guiarse por su solo discernimiento, sino se hallaba obligado a subordinarse a ciertas reglas jurídicas. Sin embargo, se critica por que mecanizaba la función jurisdiccional y además porque la experiencia demuestra la imposibilidad de establecer esquemáticamente en la ley criterios fijos y rígidos en la gama compleja y variadísima de los hechos que la vida ofrece.

El sistema de la prueba legal, en las leyes modernas se aplica sólo como excepción. Este es el caso de la confesión expresa o de los documentos públicos que no han sido tachados de falsedad.

En nuestra legislación procesal encontramos como ejemplo que el Artículo 844 del Código Judicial, que en su párrafo primero señala: *“No es admisible la prueba testimonial para comprobar hechos que deben constar en documento o medios escritos preestablecidos por la ley substancial”*.

No obstante, en términos generales este sistema ha sido muy criticado, por considerarse que el Juez no puede actuar mecánicamente, sino que debe tener la autonomía suficiente para investigar sobre los hechos, obteniendo así pleno conocimiento que le permita decidir en base a la realidad y no a verdades formales.

4.2.2. –Libre Apreciación o Sistema de la Íntima Convicción

Opuesto al de la prueba legal, otorga al juez plena libertad en la estimación de las pruebas. En este sistema prevalece la facultad del Juez de apreciar la prueba sin restricción legal. De acuerdo al mismo, el Juez no está obligado a fundamentar su decisión, aún cuando ésta deba basarse en el conocimiento que tenga de los hechos y en las pruebas que cursan en autos.

Este sistema fue adoptado por los códigos de procedimiento penal del siglo XIX. En materia penal, el jurado examina la prueba según su conciencia.

El **Sistema de Libre Apreciación**, se produce en el Jurado de conciencia, lo que observa en el contenido del juramento que el presidente de la audiencia hace a quienes han sido llamados para actuar como tal, establecido en el Artículo 2349 del Código Judicial:

“Jurais ante Dios y la sociedad examinar con la más escrupulosa atención los cargos que se hagan al procesado, no tener comunicación con otra persona

distinta del presidente de la audiencia, antes de haber dado vuestra decisión; no desempeñar vuestra augusta misión imputados por el odio, el temor, o el afecto, decidir acerca de los cargos contra el imputado y de las razones de la defensa, según vuestra conciencia y con la imparcialidad y firmeza propia de todo hombre honesto y libre, así como no revelar las opiniones y votos emitidos en la decisión que vais a tomar en esta causa?”.

Las personas interrogadas responderán así:

“Juramos y así cumpliremos”

Es importante señalar que en el sistema de la libre convicción, la operación probatoria no es susceptible de recurso, como sí ocurre en la sana crítica en donde el criterio del superior subroga el del inferior.

4.2.3. –Sana Crítica.

Constituye un sistema intermedio entre la tarifa legal y la libre convicción, ya que se presenta sin la excesiva rigidez de la tarifa legal y sin la excesiva incertidumbre de la libre convicción. Este sistema confiere al juez libertad, pero establece que las pruebas deben ser valoradas de acuerdo con la lógica y la experiencia.

Además, exige la motivación de tal valoración probatoria, es decir, la obligación de proporcionar las razones del convencimiento obtenido, demostrando el nexo racional entre las afirmaciones o negaciones a que se llega y los elementos de prueba utilizados para alcanzarlas.

La Sana crítica es considerada como la prudencia que debe poseer el Juez en la valoración de la prueba, por eso es llamada también "prudencia racional".

La valoración de la prueba en el proceso penal panameño se rige por el principio de la sana crítica o "reglas de la sana crítica", tal y como se establece en los Artículos 2122 y 2219 del Código Judicial. Igualmente, con la remisión que de modo específico en el Artículo 2122 del Código Judicial y genérico en el Artículo 1947 del mismo Código, se hace al libro II del Código Judicial donde se reafirma con mayor intensidad la aplicación del principio de la "sana crítica" en la valoración de las pruebas tanto en los procesos civiles como en los penales.

Este sistema es el señalado en el Artículo 781 del Código Judicial, ya que se constata que el Juez debe apreciar las pruebas según las reglas de la sana crítica, sin que esto excluya las formalidades que la ley establezca para la existencia o validez de ciertos actos o contratos. Este artículo textualmente señala:

"Artículo 781. Las pruebas se apreciarán por el Juez según las reglas de la sana crítica, sin que esto excluya la solemnidad documental que la ley establezca para la existencia o validez de ciertos actos o contratos. El juez expondrá razonadamente el examen de los elementos probatorios y el mérito que les corresponde."

También nuestro ordenamiento procesal, preceptúa que al momento de valorar las pruebas testimoniales, éstas se apreciarán a través de las reglas de la sana crítica (Artículos 917 –2122 del Código Judicial).

En relación al sistema de la Sana Crítica, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de fecha 16 de febrero de 1996, bajo la ponencia del Magistrado José Manuel Faundes, en una Acción de Amparo de Garantías Constitucionales, señaló:

“ El juzgador de segunda instancia fundamentó su decisión en el principio de la sana crítica, principio que se basa en la lógica y la experiencia.”

Como características de la Sana Crítica se anotan las siguientes:

- Las pruebas deben obrar válidamente en el proceso, es decir, que hayan sido practicadas y aportadas con arreglo a las formalidades legales.
- El juez debe examinar las pruebas racionalmente, con arreglo a las normas de la lógica y experiencia.
- La apreciación debe contener puntos objetivos de referencia y dejarse constancia de ello en la sentencia: conexión de las pruebas, cohesión interna, aplicación de criterio lógico.
- Se debe realizar un examen integral de cada medio de prueba, entrelazado con otros distintos medios de prueba y a su vez, un examen en conjunto. Ello requiere un análisis probatorio de cada medio, en sus particularidades, determinando si revisten los elementos esenciales.

Lo anterior, significa que la apreciación del juez no es un acto de intuición o de impresión, sino de razonamiento, fundado en la experiencia y que tal apreciación debe

aparecer en la sentencia debidamente motivada, expresada, a objeto de ser susceptible de control.

4.3. Valoración de las pruebas obtenidas por medios tecnológicos

Tomando en consideración que prueba es aquello que da lugar al descubrimiento de la verdad, en relación a los hechos que dentro de un proceso penal se investigan. Entendiendo que esta verdad puede ser si se dieron o no los hechos investigados y quién o quiénes ejecutaron el mismo, para el jurista Diego M. Fernández, en su escrito “Valoración de la prueba”, en este proceso se distinguen cuatro aspectos generales: Elemento de Prueba, Órgano de Prueba, Medio de Prueba y Objeto de la Prueba.

De acuerdo a este autor, el “*Elemento de Prueba*”, es la prueba en sí misma, aquello que se introduce al proceso conforme a la Ley, para crear una probabilidad, una certeza o una duda en el entendimiento del Juez, sobre la ejecución o no de un hecho delictivo o de su(s) autor(es).

El “*Órgano de Prueba*” viene a ser la persona que aporta la prueba o el elemento probatorio, para que sea incorporado al proceso, como por ejemplo: testigos, peritos, facultativos e intérprete; incluso puede serlo la víctima y el imputado.

El “*Medio de Prueba*”, se entiende por la forma o mecanismo en que el elemento probatorio se va a introducir al proceso. Ejemplo:

- Diligencia de allanamiento y registro (mecanismo-medio de prueba)

- Dinero en efectivo, sustancia ilícita incautada (elemento de prueba).

El “*Objeto de Prueba*”, es sobre lo que debe o puede recaer la prueba. Por ejemplo:

- Si la sustancia incautada, es o no ilícita

Diligencia de Prueba de Campo

Dictamen Pericial del Laboratorio Especializado de
Estupefacientes de la Policía Técnica Judicial

- Determinándose así si estamos frente a una figura delictiva o no.

Entonces, podemos señalar que estos aspectos contribuyen a lograr la finalidad de la prueba en el proceso penal que es el descubrimiento de la verdad material.

Además, obliga al Juez a no dictar decisiones que no se encuentren debidamente acreditadas con las pruebas que obren dentro del proceso (motivación – principio de congruencia).

No obstante, las pruebas producen distintas situaciones de entendimiento en el juzgador, que van desde la Probabilidad, la Duda y la Certeza al calificar el mérito legal del sumario.

Gráficamente estos estados actúan así:

1.- La Probabilidad



Al calificar el mérito legal del sumario

Si hay plena prueba de la existencia de un hecho punible,

En cuanto a la vinculación, del sindicado:

Probabilidad mayor — Auto Encausatorio

Probabilidad menor — Auto de Sobreseimiento Provisional

- Al momento de determinar la responsabilidad penal o dictar sentencia.

Probabilidad mayor ó Probabilidad menor **CERTEZA**

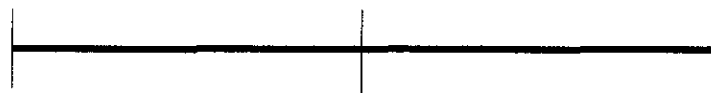


Absolución



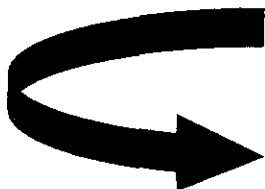
2.- La Duda

Estado Intelectual del Juez



Probabilidad Menor

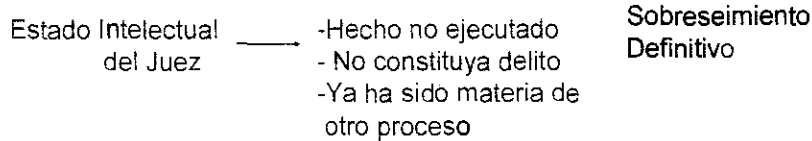
Probabilidad Mayor



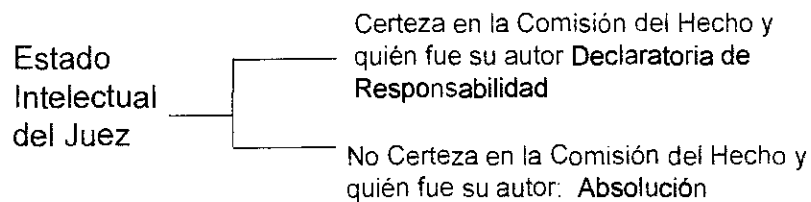
Principio Indubio Pro Reo

3.- La Certeza

■ Al momento de calificar el mérito legal del sumario.



■ Al momento de dictar sentencia



Descriptivamente se indica que en caso de que las pruebas arrojen una probabilidad mayor de la comisión del ilícito y de su autoría, procede proferir un auto encausatorio. Por otro lado, ante una probabilidad menor, una absolución. Al igual que a una mayor duda debe aplicarse el principio “indubio pro reo”.

De allí que sólo la certeza de la comisión del hecho punible y quién lo cometió produce el grado de entendimiento necesario para dictar una sentencia condenatoria.

4.3.1. Análisis de la valoración de los medios tecnológicos de prueba estudiados

El uso de la nueva tecnología en otros países ha mejorado la calidad en la obtención y producción de los elementos de convicción, ampliando la posibilidad de descubrir la verdad de todo acontecimiento histórico-delictivo. No obstante, estos adelantos técnicos han llevado a una situación de conflicto por enfrentarse esta nueva tecnología fundamental con la esfera o privacidad del hombre; la cual ha sufrido un resquebrajamiento innegable, debido a estos nuevos y refinados instrumentos de fácil acceso, que cada día son elaborados con mayor sencillez, y además la obtención de imágenes y sonidos sin la posible prevención para el individuo. Son estos adelantos técnicos los que han motivado la controversia en su utilización por ser ilegítima o errónea, o simplemente por su ligera aplicación por parte del juez, sin meditar sobre las consecuencias perjudiciales de irreparable solución, y en muchas ocasiones, debido a la falta de una legislación que establezca con cierta rigurosidad científica y jurídica, coherente y concordante *¿Cuáles son los supuestos y las condiciones y límites en que estos medios de captación pueden ser utilizados sin conculcar derechos fundamentales?*

Pero lo anterior, no debe restarles el valor para la utilización de estos modernos medios electrónicos, y cometer el error de excluirlos de manera inmediata como medios de prueba; sino tal como lo señaló el Magistrado Abel Zamorano: “lo importante que debe hacerse es tener una adecuada regulación que determine su aplicación y límites y vincularlos con las normas constitucionales básicas, pues no debe negarse la importancia

que tienen estos medios científicos de prueba y el papel que cumplen en sus fines de investigación y de certeza”. En razón a ello analizaremos cada uno de los modernos medios de pruebas en estudio.

4.3.1.1. Valoración de grabaciones de sonidos

A lo largo de la investigación encontramos que una de las **grabaciones sonoras** más utilizadas como prueba en el proceso penal, es el sistema denominado *intercepción telefónica o de intervención telefónica, intromisión telefónica, o también de escuchas telefónicas o registro telefónico* y que este moderno medio de prueba, ha generado arduas controversias al resentir a veces la intimidad o privacidad de las personas y su libertad de expresión, poniendo en riesgo la inviolabilidad de la defensa, trayendo aparejada una posible autoacusación que violenta el debido proceso.

Primero, ello es así, por cuanto el secreto de las comunicaciones telefónicas se enmarca dentro de las garantías constitucionales, dirigida a hacer efectivo el derecho a la intimidad, en los términos establecidos en la Constitución Política y los Convenios Internacionales. En segundo lugar, porque su intercepción sólo procederá a requerimiento del juez competente, y existe el deber de guardar secreto, respecto al contenido de cualquier comunicación confiada a quienes se desempeñan en las empresas portadoras del servicio, y se debe exigir a los organismos de inteligencia la prohibición de divulgar cualquier tipo de información adquirida en el ejercicio de sus funciones, salvo que medie una orden judicial.

Lo importante que se debe destacar en cuanto a su *aplicación y límites* es el hecho de que toda orden judicial que sobre interceptación telefónica se haga debe basarse en un auto fundado. Por lo que debe existir una reglamentación jurídica adecuada, pues se trata de una limitación de un derecho fundamental.

Y esto obedece al hecho de que en una resolución del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del 30 de junio del 1998, en materia de escuchas telefónicas tras examinar la Ley y la Jurisprudencia, concluyó que para garantizar el respeto a la vida privada y de la correspondencia, se deben cumplir requisitos:

a. Mandamiento Judicial y Motivación:

El primer requisito es que la medida sea ordenada por un Tribunal, por lo tanto no puede dejarse en manos de una institución que no sea el Órgano Judicial; además la orden del juez no puede ni debe ser arbitraria, ni basada en su voluntarismo, no debe ser un acto de involuntariedad del juez, por ende la motivación de la resolución y que sobre las bases de la sana crítica racional señale que se está ante la posible comisión de un delito, fundamentándola al menos en indicios verificables en la causa, no pudiendo basarse para legitimar la medida en simples alusiones, sospechas enérgicas, conjeturas o sospechas policiales; de allí la importancia que tiene la motivación de la resolución, requiriendo la medida fundamentos serios que debe efectuar el juez, señalando el presunto delito cometido o en curso de comisión. Tanto la adopción y orden de la medida, como el control posterior de las escuchas debe estar a cargo del juez.

Debe individualizarse y señalarse concretamente a las personas que han de cumplir con la función encomendada, a fin de garantizar la menor cantidad de personas extrañas al

proceso.

b. Personas que pueden ser susceptibles de ser puestas bajo la intervención telefónica:

Solamente puede ser intervenida la comunicación a quien reviste la calidad de imputado, es decir, a quien se le atribuye un delito, una acción o una culpa; por suponerse ser partícipe de un hecho delictivo o indicado como tal, en cualquier acto inicial del procedimiento, como lo es la denuncia y la detención preventiva.

c. Teléfono objeto de la medida:

Queda claro que puede ser fijo, móvil, vía fax e incluso internet; debe entenderse que el teléfono objeto de la medida debe ser el usado por el imputado, sea éste su titular o no, ya que debe establecerse que es el teléfono que habitualmente utiliza y esto debe acreditarse adecuadamente.

d. Comunicaciones que pueden ser objeto de intervención judicial:

Se deben intervenir, escuchar y grabar las comunicaciones que mantenga el imputado desde su línea con otras personas, siempre que lo expresado guarde relación con el delito investigado, aún cuando fuere meramente indiciario, y no deben aceptarse conversaciones netamente privadas que no tengan relación con el hecho criminoso. La persona que debe realizar esa acción es el juez de la causa o el secretario del despacho, con la autorización de aquél. En la práctica esta selección se delega a los organismos de seguridad, y son éstos quienes deciden si la escucha es de interés para la causa o es relacionado con la vida privada y deben proceder a grabar sólo lo que así se estima.

Este procedimiento hace que se vulneren los derechos fundamentales asegurados en la Constitución. Incurriéndose además, por parte de los organismos de seguridad en

errores al captar conversaciones que no son de interés para la investigación, y por el contrario realizan grabaciones de hechos que sólo afectan el interés privado del imputado, en cuanto a la familia, etc.; por ende, lo recomendable es que la selección no quede en manos de los organismos de seguridad, para evitar estas irregularidades y establecer de manera bien cierta lo que se debe grabar. A este respecto, algunos autores consideran que tampoco debe grabarse las comunicaciones telefónicas entre el imputado y la defensa, pues vulneraría el secreto profesional, y permitirlo sería adoptar el paradigma de Torquemada, es decir, un tormento sutil realizado a escondidas o en contra de la voluntad del imputado.

e. Naturaleza de los delitos que pueden dar lugar a la medida:

La medida de intervención telefónica debe restringirse a delitos de cierta gravedad determinada *cualitativamente* por la afección de la seguridad jurídica, o *cuantitativamente*, tomando en cuenta el monto de la pena prevista para el delito en cuestión. En algunas legislaciones se ha tomado en cuenta la gravedad en el caso concreto; España, por ejemplo, considera que las escuchas sólo se justifican para la investigación de los delitos muy graves, pero el Tribunal Supremo añade que también para casos leves con trascendencia social, como los delitos de funcionarios o aquellos que afectan el buen funcionamiento y crédito de la administración. Sería aconsejable, entonces desde una óptica garantista de un Estado social y de derecho, regular en nuestra legislación, ya sea acudiendo al *criterio cualitativo o cuantitativo*, para establecer los delitos que permiten decretar esta medida, y con esto se lograrían los dos intereses que tiene el proceso penal: uno es la *represión del delito instrumentado a través del Estado o tipificado por él*, y el otro es el *derecho a la libertad, la presunción de inocencia y la*

defensa del imputado, además la medida debe ser pertinente, es decir, adecuada al hecho criminoso.

f. Limitación temporal a la medida:

Sobre el particular, debe entenderse que la intervención telefónica implica una ingerencia que se revela exagerada e innecesaria, y por lo tanto, la intervención debe tener un plazo limitado, el cual puede ser prorrogable, dependiendo del tipo de delito investigado.

g. Divergencias entre el delito, el sujeto investigado y los resultados de las escuchas telefónicas:

Un hecho que nos debe llevar a la reflexión y que puede ocurrir en la práctica es cómo debemos resolver la situación, cuando mediante la intervención telefónica se da una noticia de un hecho que apunta a un delito distinto del investigado, por el cual había sido autorizada la escucha o está sindicada la persona, se trata de una participación criminal o bien se incrimina a otra persona al hecho investigado. Según el Tribunal Supremo, debe distinguirse en primer lugar, si se trata de un nuevo delito que habría sido cometido por el imputado y que guarda relación al ya investigado o si por el contrario, es ajeno al mismo; o bien, si lo que se descubre es un nuevo partícipe en el delito investigado o un delito diferente al investigado, y en cual éste es otro individuo; y finalmente, si se trata de un delito ajeno a la medida y atribuido también a un sujeto del pasivo de la medida. Sobre este particular, se ha señalado que cuando se trata de la participación criminal de un sujeto ajeno a la medida en un hecho no vinculado, faltarían las garantías legalmente establecidas en relación a las escuchas para evitar la teoría del fruto del árbol envenenado.

h. Las transcripciones de las medidas telefónicas:

Debe realizarse la grabación de todas las conversaciones efectuadas por el endilgado durante el período fijado por la medida, y debe ser el juez quien posteriormente seleccione lo útil y conducente a la investigación; pudiendo alegarse partes pertinentes a lo ya transcrito, o bien, atestar sobre lo que no reviste tal carácter. Por lo tanto, las cintas grabadas deben ser suministradas en forma íntegra al juzgado, y dichos documentos deben ser entregados de una manera que se impida su presunta alteración, y con respecto a la transcripción efectuada por la prevención deben ser autenticadas por el Tribunal. Es necesario establecer el día y hora de la realización, y señalarse la autenticación del contenido del acta de lo grabado. Igualmente, se contempla efectuar la identificación de la voz grabada e impugnación y comprobación de la autenticidad.

De allí que si la diligencia no reúne los requisitos antes expuestos, es considerada nula, de pleno derecho y no puede ser valorada por el juez. Todas las restantes pruebas que deriven de la misma también son nulas, porque deben respetarse los derechos fundamentales y así se ha considerado por la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Europeo.

Entonces, podemos señalar que *se plantea la existencia de un problema fundamental del modo probatorio de las grabaciones por su propia fundamentación jurídica en relación a su **promoción, admisión y su realización**.*

En doctrina, hemos observado en relación con su **promoción**, que la presentación de una controversia en cuanto a la *licitud o no de estas pruebas*, puesto que en un primer

plano deben de ser constitucionales en el sentido de que algunos autores creen que con estas clases de pruebas se violan los derechos de la ciudadanía y se atenta contra su dignidad por lo cual lo consideran ilícitos y procesalmente inaceptables.

Según Hernando Devis Echandía, estas pruebas deben ser asimiladas a la confesión extrajudicial en documento no auténtico para su validez. No obstante, muchos autores consideran que la parte que invoca esta prueba, si es una prueba evacuada antes del proceso, debe ser confirmada por pruebas alternas que corroboren la verdad y que permitan el derecho de control y contradicción de la prueba correspondiente al imputado o al demandado, ya sea a través de testigos que hayan participado en dicha grabación y comprueben la veracidad de lo expresado. En el caso de conversaciones telefónicas donde no hay testigos, la mayoría de las veces y la persona a quien se le imputa no la reconoce como suya, es importante comprobar la identidad de la voz, la cual resulta de difícil verificación.

Igualmente, consideran necesario tener presente que aunque existen innumerables aparatos científicos modernos que puedan demostrar la identidad de voces hay algunos que no son todavía muy confiables, por lo que en este caso para poder constituirse como medio de prueba fehaciente del hecho controvertido, es menester la certificación de verdaderos peritos en la materia, expertos que certifiquen sin vacilación ni duda la identidad de voces por aparatos sofisticados, verdaderamente científicos, capaces de sacar de dudas al juez y que le permiten considerar dicho medio, en definitiva. De no ser así, si de esas experticias no se deriva una firmeza y seguridad ni siquiera debe tomarse en cuenta como indicio.

Así, observamos que otro aspecto importante, se refiere al hecho de que los medios de este tipo de prueba, necesitan de reproducciones posteriores en juicio y además como ya se explicó, de pruebas alternas que corroboren para su control y contradicción por la parte demandada o imputada.

Ahora, si se comprueba la identidad de voces a través de estudios, aunados a otros indicios plenamente probados, que no dejen la menor duda de que esa conversación sucedió y lo que se dijo es cierto, se tendrá entonces como una confesión extrajudicial auténtica.

Es importante recalcar que otra dificultad se encuentra en cómo el Juez y las partes van a ejercer el control, para la validez del contenido probatorio y así poder admitir las pruebas por lo dificultoso de lo ya explicado. Sabemos que del ordenamiento procesal vigente se desprende que los motivos para no admitir las pruebas son la impertinencia de las pruebas y la ilegalidad. En cuanto a la primera, una prueba impertinente es la que no guarda ninguna relación con lo que se está investigando. Todo proceso tiene un objeto. Ejemplo: Juicio de Homicidio, sería una prueba impertinente que se promoviera los testimoniales de unos señores, para demostrar que el ofendido tenía un apartamento en otro país. La ilegalidad: Son Pruebas que no están permitidas dentro de la ley. Ejemplo: La tortura. Ejemplo 2: Que promoviera una conversación grabada entre el médico psiquiatra y una de las partes, ya que eso va en contravención con el secreto profesional. De allí que también sería ilegal que se promoviera una grabación en contravención a la ley sobre la protección a la comunicación.

Interesados por conocer sobre la Jurisprudencia de las Grabaciones Magnetofónicas, como medio de prueba, en otras latitudes, encontramos que en sentencia del dos (02) de noviembre de 1990, del Juzgado Superior Primero, de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda (Venezuela) , se puede constatar que la doctrina es muy reacia al admitir esta clase de pruebas realizadas extrajudicialmente, solo las aceptaban bajo la autorización y vigiladas por el juez, ya que al respecto la sentencia señala:

"es inadmisibile una grabación magnetofonía del tipo cassette, que no fue autorizada por el juez..."

...Para decidir el tribunal observa:

Ciertamente el Código procesal vigente, contiene una serie de medios probatorios innovantes, entre ellos los aludidos por el Capítulo IX de la sección II, del título II del Libro Segundo. Estos medios se refieren a planos, calcos, copias aun fotográficas, Reproducciones cinematográficas o de especie, que requieren el empleo de procedimientos, medios o instrumentos mecánicos. La ley Orgánica de Salvaguarda prevé una disposición de tinte similar en el Artículo 98, en la cual las fotografías y grabaciones se consideran pruebas pertinentes "a juicio del Juez".

También, en países como Estados Unidos ha generado debate el tema de la intromisión en las conversaciones telefónicas del imputado, con el objeto de obtener información de interés para la comprobación de un hecho delictivo. En esta diligencia los investigadores necesariamente se verán compelidos a transgredir los de por sí difusos límites que la diligencia supone, ello ante la imposibilidad de determinar a priori, cuáles

comunicaciones resultarán útiles para los fines del proceso, con el objeto de evitar así que de manera constante se escuchen y graben los diálogos privados del imputado -y lo que es peor aún, de familiares o terceros extraños al proceso penal- que no tienen ningún vínculo con el objeto de análisis, exentos a la autoridad de los magistrados. El primer asunto se debería dilucidar qué conversaciones requieren de una orden jurisdiccional para ser captadas por el Estado. La respuesta a este interrogante fue debidamente desarrollada por la Corte Suprema de Estados Unidos, al enunciar el criterio de la legítima expectativa de privacidad, que ha prevalecido en ese país desde el caso Katz de 1967. En Katz v. United States, los oficiales de policía instalaron un sistema de escuchas en la pared exterior de una cabina telefónica regularmente utilizada por Katz, el cual se activaba cada vez que el nombrado ingresaba a la misma. El objeto era registrar las apuestas clandestinas que el imputado transmitía desde Los Ángeles a Boston y a Miami. Con fundamento en la ausencia de intervención física en el lugar en que se desarrollaba la conversación, los tribunales inferiores abonaron la idea de que la Cuarta Enmienda del Bill of Rights no había sido violada. En el desarrollo de su voto, el juez Stewart afirma que una vez reconocido que la Cuarta Enmienda protege personas y no simplemente áreas, en contra de irrazonables investigaciones y diligencias, resulta claro que la protección prevista en la Cuarta Enmienda no puede justificarse según la presencia o ausencia de una intrusión física oficial. Por su parte, el juez Harlan sostuvo que una cabina telefónica cerrada es un área donde, al igual que en una casa y a diferencia de un lugar abierto, las personas tienen una razonable expectativa de privacidad constitucionalmente tutelada. Además, la intromisión por medios electrónicos, como la injerencia física en un sitio con estas características, constituye una violación a la Cuarta Enmienda. También la invasión de un

área constitucionalmente tutelada por las autoridades federales es presuntamente irrazonable en ausencia de una autorización judicial que habilite la investigación. Concluyó el magistrado que no pueden protegerse de ser escuchadas aquellas conversaciones que sean mantenidas en lugares públicos, porque la expectativa de privacidad en esas circunstancias resultaría irrazonable.

El aspecto central remarcado en el caso Katz se refiere al hecho de que quien ocupa una cabina telefónica, cierra la puerta detrás de sí, y paga la tarifa por la llamada, con certeza presume que su conversación no está siendo escuchada por otras personas. La conversación telefónica trae aparejada una razonable expectativa de que sólo estamos siendo escuchados por nuestro interlocutor, y no por un mitin de policías que comentan sobre nuestra actividad, gustos y preferencias. De allí que sea lógico pensar que sólo con orden judicial podrá procederse a su interceptación

En otras latitudes encontramos que el Artículo 15 de la Constitución de la República de Italia prescribe: "la libertad y el secreto de la correspondencia y de cualquier forma de comunicación es inviolable". Las limitaciones a este derecho sólo es procedente disponerlas por una decisión motivada de autoridades judiciales con las garantías prescriptas por la ley.

Por otro lado, el punto XII del Artículo 5 de la Constitución de Brasil establece que el secreto de la correspondencia, los datos telegráficos y las comunicaciones telefónicas son inviolables, excepto una orden judicial en los casos y la forma establecida por la ley, con el propósito de una investigación criminal. Por ello, observamos que en virtud del

principio Constitucional, propio de la actividad probatoria como lo es el relativo a la legalidad y legitimidad de los medios de pruebas invocados o incorporados al proceso, quedará en manos del Juzgador, la difícil tarea de admitir aquellas que sean manifiestamente pertinentes, idóneas y legales.

En vista de ello, nos atrevemos a indicar que será reconocida y valorada aquella prueba adquirida, a través de las reproducciones o grabaciones magnetofónicas, cuando la misma ha sido alcanzada, siguiendo cada uno de los parámetros contemplados en la Constitución Nacional de cada país y las leyes especiales que hayan sido sancionadas y aprobadas, para regular los principios universales de la privacidad y la intimidad; debido a que si no se observan tales preceptos estaríamos frente a una prueba prohibida.

Finalmente, en cuanto al sistema de valoración que se debe emplear, en la jurisprudencia Venezolana, encontramos que en fallo del Juzgado Superior Segundo del Estado Carabobo de fecha 14 de marzo de 1994, bajo la ponencia del doctor Luis Gramcko, se señaló:

“...esta prueba tiene que ser evaluada de acuerdo con la regla general de apreciación de la prueba”.

Con ello estamos plenamente de acuerdo, pues el juez debe valorar una serie de elementos, para que en conjunto con el resto de las pruebas pueda llegar a una conclusión del caso.

4.3.1.2. Valoración de los vídeos Filmaciones como medio de prueba

Con la inserción de los principios de la necesidad de la prueba y de la comunidad de la prueba en el derecho actual, las decisiones que toman algunos jueces son más positivas con respecto a la admisión de estas clases de pruebas novedosas, pero el problema estriba básicamente en determinar su autenticidad.

En torno a la autenticidad, la doctrina considera que esta clase de pruebas deben ir normalmente auxiliadas por otro tipo de pruebas, como la pericial, interrogatorio de las partes y la testifical, tal y como propone ORMAZÁBAL SÁNCHEZ²⁶ quien haciendo referencia a la Nueva ley de enjuiciamiento civil expresa: “De facto, el propio art. 382.2 establece que *"la parte...podrá aportar los dictámenes y medios de prueba instrumentales que considere convenientes. También las otras partes podrán aportar dictámenes y medios de prueba cuando cuestionen la autenticidad y exactitud de lo reproducido"*. El momento procesal oportuno en que la parte debe aportar esos dictámenes y medios de prueba instrumentales, es en el momento en que se proponga el medio, esto es, para el caso del juicio ordinario en la audiencia previa. El interrogatorio de la contraparte se practicaría en el mismo acto de reproducción de las imágenes o del sonido, con el fin de que este litigante se pronuncie sobre la autenticidad de las manifestaciones que se le atribuyen y aparecen grabadas en una cinta magnetofónica o sobre la coincidencia con la realidad de unas imágenes grabadas en vídeo.

²⁶ ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., en op.cit. p. 203.

Cabría también proponer practicar la prueba testifical, con el objeto de que un testigo presencial declare si vio las imágenes que aparecen filmadas, si reconoce a alguien en el video o si reconoce la voz de una grabación.

Importante es señalar que la doctrina española considera que para determinar posibles manipulaciones o montajes de tipo técnico, la parte a quien perjudique podría acudir a la pericial judicial para determinar si existen manipulaciones en la prueba tecnológica.

No obstante, respecto a los medios audiovisuales, SERRA DOMÍNGUEZ²⁷, afirma que es difícil su verificación. Si el hecho de probar no se ha modificado en el tiempo, podrá verse la semejanza entre el fotograma y la realidad, mediante el reconocimiento judicial, cuando de lo que se trate sea de probar hechos o estado de cosas, pero si se modificó mediante la pericial, deberá demostrarse la antigüedad de la cinta y fotografía, así como la inexistencia de manipulaciones. Claro está que esto será para el caso de que la otra parte niegue los hechos reflejados en la cinta o que la misma se ha manipulado.

Por otro lado, si lo que se trata de probar son manifestaciones de voluntad o actividades de personas (p.e: la cámara de un banco, o la cámara de vídeo de un particular que graba alguna relación extraconyugal), si nos interesa la prueba respecto a una fecha concreta, y ésta es manipulable en la cinta, será necesaria la prueba pericial, para fijar en el tiempo lo grabado.

²⁷ SERRA DOMÍNGUEZ, M., en "*prueba documental*". Nueva Enciclopedia Jurídica Seix.

Cabe señalar que la experiencia española demuestra que es posible realizar vídeos con fe notarial. Se ha observado que la realización de vídeos con notario, la compulsión notarial de las copias de vídeo, y que la parte que pretende hacer valer un vídeo se dirija directamente al Secretario Judicial para darle las máximas facilidades técnicas y todas las explicaciones y fundamentaciones que requiera, permiten asegurar el valor probatorio de un vídeo para un futuro juicio.

Así, desde la convicción y la experiencia pericial, se está desarrollando nuevas técnicas periciales que tienen como resultado un VideoCD visualizable en cualquier PC y del que se pueda dar copia a las partes garantizando el derecho a la contradicción, incluso realizando un contravídeo.

Lo anterior significa que previamente a la iniciación de cualquier proceso, el que pretenda incoarlo o cualquiera de las partes durante el curso del mismo, podrá solicitar del tribunal la práctica anticipada de algún acto de prueba, cuando exista el temor fundado de que, por causa de las personas o por el estado de las cosas, dichos actos no puedan realizarse en el momento procesal generalmente previsto.

En tal caso, la petición de actuaciones anticipadas de prueba que se formule antes de la iniciación del proceso, se dirigirá al tribunal que se considere competente para el asunto principal. Este tribunal vigilará de oficio su jurisdicción y competencia objetiva, así como la territorial que se fundase en normas imperativas, sin que sea admisible la declinatoria.

Iniciado el proceso, la petición de prueba anticipada se dirigirá al tribunal que esté conociendo del asunto. La custodia de los materiales y actuaciones de prueba anticipada, así como los materiales que puedan reflejar fielmente las actuaciones probatorias realizadas y sus resultados, están bajo la custodia del Secretario del tribunal que hubiere acordado la prueba hasta que se interponga la demanda, a la que se unirán, o hasta que llegue el momento procesal de conocerlos y valorarlos.

Si de la demanda hubiese de conocer en definitiva un tribunal distinto al que acordó o practicó la prueba anticipada, reclamará de éste, a instancia de parte, la remisión, por conducto oficial, de las actas, documentos y demás materiales de las actuaciones.

Lo anotado es importante, puesto que en nuestro país se proyecta implementar el sistema acusatorio en el que las partes pueden cuestionar los medios probatorios y ponerlos a discusión y deliberación. Es aquí donde el juez interviene pidiendo la repetición del hecho principal o la demostración de los hechos incriminatorios, a fin de que ésta luego evolucione y se transforme en un hecho probatorio. El juez deberá limitarse a recoger los hechos, comprobarlos, darles un orden preferencial y proponer vinculaciones y situaciones respecto a los sujetos procesales de acuerdo a ley o costumbre judicial.

Asimismo, el juez es totalmente libre para valorar, actuar, apreciar e interpretar la prueba.

En el sistema procesal acusatorio, se maneja tanto las diligencias de inspección ocular, revisión, inspección judicial, peritajes y la reconstrucción de los hechos.

4.3.1.3. Sistemas modernos de reproducción y archivo de Datos

El documento elaborado en la tecnología y su prueba, recibe denominaciones como documento informático o informatizado, documento electrónico y documento digital. En lo que no cabe duda desde el punto de vista doctrinal, es que tanto las pruebas en soportes electrónicos (disquetes, cd-rom, disco duro, etc), como en los instrumentos técnicos de reproducción (películas, etc), son documentos electrónicos, de contenidos informáticos y audiovisuales, producido con el auxilio de los ordenadores.

Para ORMAZÁBAL SÁNCHEZ²⁸ las normas de valoración legal de los documentos van referidas a la determinación de su autenticidad, *"de la coincidencia entre el autor aparente y el real"*. La prueba mediante instrumentos en cuanto semejante a la documental, puede ser valorada de acuerdo a las normas de éstas a aquellas. La autenticidad de un texto informático consistiría en la identidad entre quien se identifica o afirma como autor y quien efectivamente lo redactó, igual que sucede con los documentos tradicionales. Por tanto, mientras la otra parte no impugne dicha identificación, tendría que poseer por coincidentes al autor real con el aparente.

En un proceso penal, al probar una manifestación de voluntad lo más probable es que reproduzcamos lo escrito en el documento electrónico, con una impresora. La

²⁸ ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., en op.cit. p. 203

distinción permite considerar que en el caso de una manifestación de voluntad, transcrita del documento electrónico y luego impresa en papel, ante la interrogante de cuál tendrá más valor probatorio, consideramos que es la última, si está firmada manualmente y a la que deberemos considerar como el original.

Estas dudas existían antes de esta nueva tecnología. Lo nuevo es que ahora se puede ir a la matriz informática y constatar que el documento reproducido es fiel copia de lo transcrito originalmente.

Es obvio que estamos hablando de un documento objetado y no firmado manualmente. Si el Juez debe buscar la verdad, tiene forzosamente que ser asistido por un perito informático. Los jueces estarán obligados a tener perito de “cabecera”. A la Corte Suprema de Justicia corresponde el deber, más bien la obligación de elaborar un listado de peritos idóneos, así subrayado, con experiencia en escudriñar entre archivos y programas.

Como una solución apuntaremos que la valoración de estos documentos demanda del Juez, la aplicación de la sana crítica y la práctica de los peritajes.

Esto se concluye por la lectura de las siguientes normas:

El artículo 780 del Código Judicial dice:

"Sirven como prueba los documentos, la confesión, el juramento, la declaración de parte, la declaración de testigos, la inspección judicial, los dictámenes periciales, los informes, los indicios, los medios científicos y cualquier otro medio racional que sirva a la formación de la convicción del juez, siempre que no estén expresamente prohibido por la ley, ni violen derechos humanos, ni sean contrarias a la moral o al orden público.

Puede asimismo emplearse calcos, reproducciones y fotografías de objetos, documentos y lugares.

.....

En caso de que así conviniera a la prueba, puede también disponerse la obtención de radiografías, radioscopias, análisis hematológicos, bacteriológicos y la práctica de cualquier otro procedimiento de comprobación científica".

Por su parte, el artículo 873 señala:

Artículo 873. Los documentos que se acompañen a los escritos o aquellos cuya incorporación se solicite a título de prueba, podrán presentarse en su original, en copia en los casos del artículo 857, en copia fotostática, fotográfica o fotocopia o mediante cualquier otro procedimiento similar. Las copias fotográficas y similares que reproduzcan el documento y sean claramente legibles, se tendrán por fidedignas, salvo prueba en contrario. Si el Juez o la parte contraria lo solicitare, deberá ser exhibido el documento original, siempre y cuando este no haya sido almacenado tecnológicamente...

Por su parte el artículo 875 del mismo código indica:

"Para acreditar hechos o circunstancias que tengan relación con el proceso que se ventile pueden las partes presentar fotografías, copias fotostáticas, cintas cinematográficas y cualesquiera otras reproducciones fotográficas o por cualquier otro medio técnico o científico. Estas pruebas serán apreciadas por el juez. Como medio de prueba deben admitirse también los registros dactiloscópicos, fonográficos y demás elementos que produzcan convicción en el ánimo del juez. La parte que presente estos medios de prueba deberá suministrar al Tribunal los aparatos o elementos necesarios para que pueda apreciarse el valor de los registros y reproducirse los sonidos e imágenes. Estas pruebas pueden también ser decretadas de oficios por el juez, aisladamente o con ocasión de una inspección o de otra diligencia cualquiera.

Los escritos y notas taquigráficas pueden presentarse por vía de prueba, siempre que se acompañen su transcripción, especificando el sistema taquigráfico empleado." (Los subrayados son nuestros).

Igualmente, encontramos que las expresiones "medios técnicos", "cualquier otro medio racional", "cualquier otro procedimiento de comprobación científica", "cualquier otro procedimiento similar", "cualquier otro medio técnico o científico" y otros similares, que se caracterizan por lo prudente, han sido utilizados por el legislador para no hacer referencia, en concreto, a ninguna técnica o soporte en especial y no restringir el uso del medio técnico por venir tomando en consideración la rápida evolución y acogida jurídica de estos nuevos elementos. Además de ello, observamos que se da una asimilación del documento electrónico con el documento común y por ello, su aceptación en el proceso como prueba no debe generar discusión.

En un estudio de derecho comparado consideramos pertinente presentar cita de una sentencia del Tribunal Supremo Español del 28 de abril de 1997, que con igual sentido dice así:

"Documento es en sentido estricto, y ha de entenderse por tal, el escrito, en sentido tradicional, o aquella otra cosa que, sin serlo, pueda asimilarse al mismo -por ejemplo, un disquete, un documento de ordenador, un vídeo, una película, etc.-, con un criterio moderno de interacción de las nuevas realidades tecnológicas, en el sentido en que la palabra documento figura en algunos diccionarios como cualquier cosa que sirve para ilustrar o comprobar algo, siempre que el llamado documento tenga un soporte material... (cfr. TS SS 3/06/94 y 11/10/94 y 19/10/96)." ²⁹

Igualmente, en la reforma de la Ley 1 del 2000, de Enjuiciamiento Civil, en el artículo 299, se señala lo siguiente:

"Artículo 299. Medios de prueba.

1. Los medios de prueba de que se podrá hacer uso en juicio son:

1º Interrogatorio de las partes.

²⁹ Citada por AMADEO GADEA, Sergio Luis en INFORMÁTICA Y NUEVAS TECNOLOGÍAS, EDITORIAL LA LEY, MADRID, 2001, pag, 65

2º Documentos públicos.

3º Documentos privados.

4º Dictamen de peritos.

5º Reconocimiento judicial.

6º Interrogatorio de testigos.

También se admitirán, conforme a lo dispuesto en esta Ley, los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para el proceso.

Cuando por cualquier otro medio no expresamente previsto en los apartados anteriores de este artículo pudiera obtenerse certeza sobre hechos relevantes, el tribunal, a instancia de parte, lo admitirá como prueba, adoptando las medidas que en cada caso resulten necesarias.”

En materia de legislación patria, contamos con que la Ley 11 de 1998 (Gaceta Oficial N° 23,468) que regula el almacenamiento tecnológico de documentos, *autoriza* este almacenamiento tecnológico de documentos, mediante la microfilmación o sistemas ópticos y/o magnéticos, en los archivos de las oficinas estatales y municipales, entidades autónomas y semiautónomas, así como de las personas naturales y jurídicas del sector privado que quieran acogerse a las disposiciones de esta Ley.

En relación con el valor probatorio, el artículo 2 de la Ley 11 de 1998, aclara cualquier duda, al señalar:

“Los documentos almacenados tecnológicamente conforme a esta Ley, sus películas, reproducciones y certificaciones, debidamente autenticados, tendrán el mismo valor jurídico que los documentos originales, podrán ser impugnados de la misma manera que éstos.” (Los subrayados son nuestros).

En conclusión, el documento electrónico y su prueba podrían aportar elementos determinantes de la verdad procesal. Su uso demandará del Juez una actividad menos pasiva y deberá comprender esta nueva prueba para luego, con la unión de otros elementos probatorios, saberla valorar.

Consideramos que la prueba informática no es tan distinta a la prueba en general, sólo que quizás es más compleja. Para su valoración puede ser necesaria una actividad pericial.

Lo paradójico de este medio es que ya en muchos actos de nuestra vida diaria estamos obteniendo documentos electrónicos: en boletos elaborados automáticamente, en certificaciones de entidades públicas, comprobantes de cajeros automáticos y seguirían aumentando, y nunca los hemos cuestionado. Entonces, por qué no utilizarlos como prueba en las investigaciones penales.

ASPECTOS METODOLÓGICOS

Al iniciar una investigación lo primero que se determina es el tipo de estudio o investigación que se va a realizar.

1-Tipo de Estudio

El trabajo de investigación se concibe por su naturaleza documental y de carácter descriptivo, en cuanto pretende identificar los medios modernos tecnológicos de pruebas y el valor probatorio en el proceso penal.

2- Fuentes de Información

Las fuentes de información constituyen las herramientas fundamentales de toda investigación, ya que permiten sentar las bases para el desarrollo de un estudio en particular.

La utilización de informaciones veraces y actualizadas, permite una interpretación jurídica con un debido rigor científico, para lo cual se hará uso de diversas fuentes que permiten la recolección de datos.

2.1- Fuentes Materiales

Las fuentes materiales que se utilizan en esta investigación, son el producto de consultas a: libros, Código Penal, Código Judicial, revistas Jurídicas, leyes, diccionarios, convenios y tratados internacionales,

jurisprudencias, examinados en bibliotecas de diversas instituciones: La Corte Suprema de Justicia en Ancón y del Tribunal Superior del Segundo distrito Judicial (Coclé-Veraguas), la Biblioteca Simón Bolívar de la Universidad de Panamá y Demófilo de Buen de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá.

También, se tomarán en cuenta monografías, ponencias de conferencias sobre temas actualizados relacionados con medios de pruebas tecnológicas, consultas a la red de Internet, jurisprudencia de los tribunales de justicia nacionales y extranjeros.

2.2. Fuentes Humanas

Se usan fuentes humanas y entrevistas realizadas a profesionales versados en la materia. Dentro de éstas podemos citar a funcionarios judiciales, jueces penales, magistrados penales, abogados particulares y defensores de oficio, especialistas en tecnología de computación y grabaciones sonoras y audiovisuales.

2.3. Población y Muestra

2.3.1. Sujetos

Personas o entes naturales que por sus características propias o sociales se selecciona como grupo para la investigación.

Dado el ámbito de trascendencia de los objetivos de la investigación se constituyen por fiscales de circuito, jueces de circuito, magistrados del Segundo Distrito Judicial (Coclé-Veraguas).

2.3.2. Muestra

Dentro de los grupos poblacionales, en la muestra se encuentran funcionarios del Ministerio Público, fiscales, jueces de circuito, magistrados, abogados particulares, defensores de oficio. La muestra es representativa, por lo que nos ofrecerá una perspectiva general del problema planteado.

2.3.2.1. Tipo de Muestra

La muestra empleada es no probalística de tipo intencional, puesto que se han seleccionado sujetos que pueden facilitar la información, o sea que tienen conocimiento del tema que se investiga.

2.3.2.1.1 Obtención de la muestra

La obtención de muestra es por entrevista y encuesta. La entrevista es semi-formal, ya que acepta explicaciones. El cuestionario es el instrumento para obtener información de manera clara y precisa, donde existe un formato estandarizado de preguntas y el informante reporta respuestas, aplicadas personalmente. Para su elaboración se considera el nivel educacional de la población con el fin de utilizar el vocabulario

técnico jurídico adecuado. Igualmente, el cuestionario es auto explicativo y las preguntas son concretas para obtener respuestas precisas colocadas de la más fácil a las más complejas.

En cuanto a la forma o tipo de cuestionario, se inicia con preguntas cerradas estructuradas para ofrecer al informante determinadas alternativas de respuesta. Las preguntas con opciones se redactan para que el sujeto tenga la oportunidad de elegir la respuesta. Este tipo de cuestionario es más fácil de contestar y codificar.

En la parte final se efectúa una pregunta abierta, ya que se plantea al sujeto pregunta de opinión dejándolo en libertad para que responda en el espacio asignado.

ANÁLISIS DE RESULTADOS

El análisis de datos, además de elaborar la información a partir de una determinada realidad, deja constancia de ella registrándola en algún tipo soporte, con el propósito de almacenar y conservar la información. Cada instrumento se analiza considerando los resultados que aporta, lo que constituye una tarea compleja, pero atractiva porque ilumina la comprensión de la realidad.

Una vez tabulada la información obtenida, se realiza el análisis en Excel, se organiza en cuadros y gráficas con el fin de que la misma muestre con mayor claridad los hallazgos, de manera que puedan ser fácilmente comprendidos.

RESULTADOS

Tabla No. I

PROCENTAJE DE USO DE VÍDEO FILMACIONES POR LOS ABOGADOS LITIGANTES DE COCLÉ

NUNCA	POCAS VECES	ALGUNAS VECES	NUNCA	SIEMPRE
27	14	9	0	0
54%	28%	18%	0%	0%

Fuente: Se entrevistaron a cincuenta abogados que litigan en la provincia de Coclé.
Se observa que el 54% de los abogados entrevistados nunca han utilizado vídeo filmaciones como pruebas dentro de los procesos penales que tramitan. Mientras que un 28% reconoce que algunas veces han utilizado vídeos filmaciones.

Tabla No. II

PROCENTAJE DE USO DE GRABACIONES SONORAS POR LOS ABOGADOS LITIGANTES DE COCLÉ

NUNCA	POCAS VECES	ALGUNAS VECES	NUNCA	SIEMPRE
28	12	10	0	0
56%	24%	20%	0%	0%

Fuente: Se entrevistaron a cincuenta abogados que litigan en la provincia de Coclé.
Se observa que el 56% de los abogados entrevistados nunca han utilizado Grabaciones sonoras como pruebas dentro de los procesos penales que tramitan. Mientras que un 24% reconoce que algunas veces han utilizado grabaciones sonoras.

Tabla No. III

**PROCENTAJE DE USO DE ARCHIVO DE DATOS POR ABOGADOS
LITIGANTES DE COCLÉ**

NUNCA	POCAS VECES	ALGUNAS VECES	NUNCA	SIEMPRE
30	12	8	0	0
60%	24%	16%	0%	0%

Fuente: Se entrevistaron a cincuenta abogados que litigan en la provincia de Coclé.
Se observa que el 60% de los abogados entrevistados nunca han utilizado Archivo de datos como pruebas dentro de los procesos penales que tramitan. Mientras que un 24% reconoce que algunas veces han utilizado archivo de datos. Cabe señalar que el porcentaje de los que señalan nunca haber usado este tipo de tecnología es mayor, al porcentaje del no uso de video filmaciones y grabaciones sonoras.

Tabla No.IV

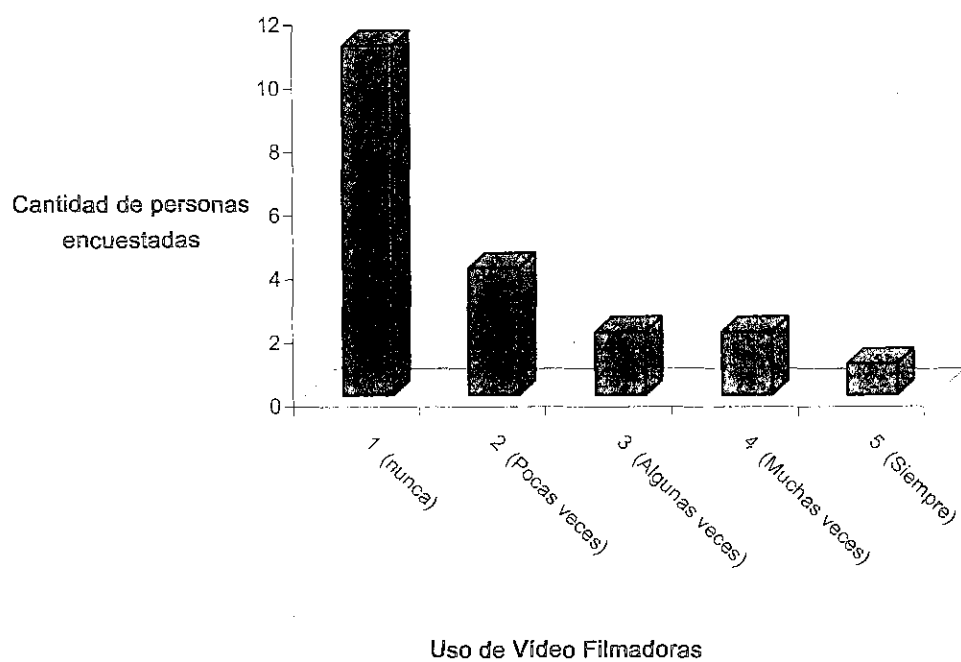
**PROCENTAJE TOTAL DE ENCUESTADOS QUE CONSIDERAN SE DEBE
REGULAR EL USO DE LAS PRUEBAS TECNOLÓGICAS EN EL CÓDIGO
JUDICIAL DE PANAMÁ, LIBRO III “PROCEDIMIENTO PENAL”**

POSICIÓN	FUNCIONARIOS DEL ORGANO JUDICIAL	FUNCIONARIOS DEL MINISTERIO PÚBLICO	ABOGADOS LITIGANTES
SÍ	95%	80%	90%
NO	5%	20%	10%

Fuente: Se entrevistaron a funcionarios judiciales, funcionarios del Ministerio Público y abogados litigantes de la provincia de Coclé.
Se observa que todos los sectores concuerdan en que sí se debe regular el uso de las pruebas tecnológicas.

GRÁFICA No. I

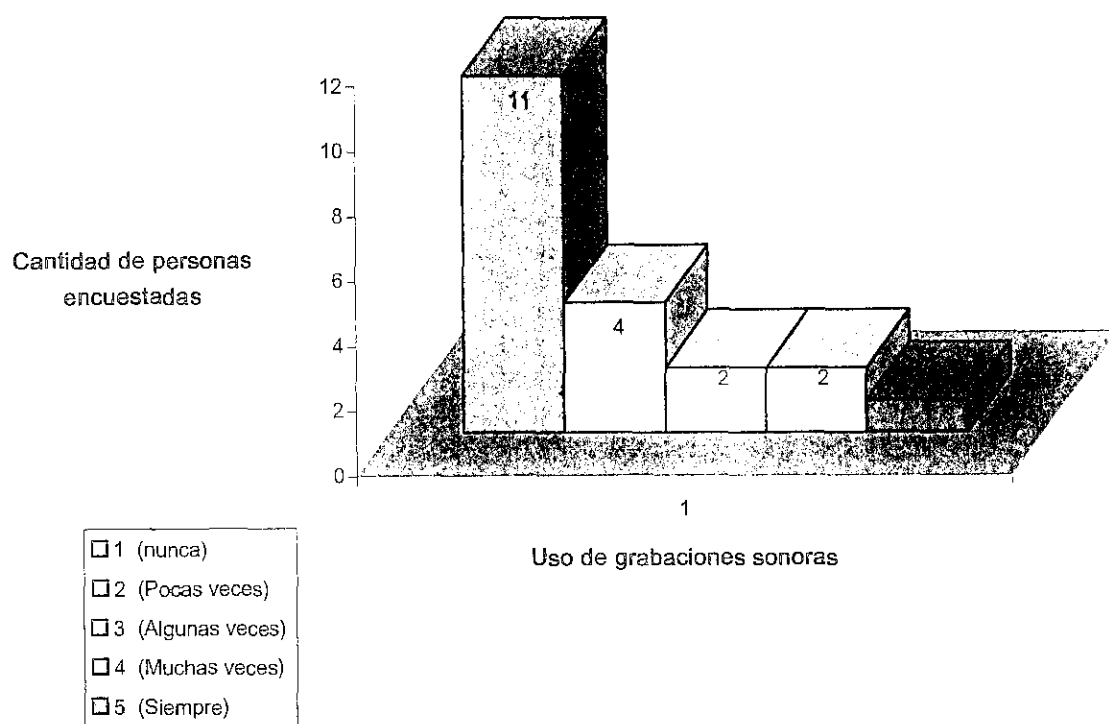
USO DE LOS MODERNOS MEDIOS TECNOLÓGICOS DE PRUEBAS



Esta encuesta fue realizada a funcionarios del Órgano Judicial de Coclé.

GRÁFICA No. II

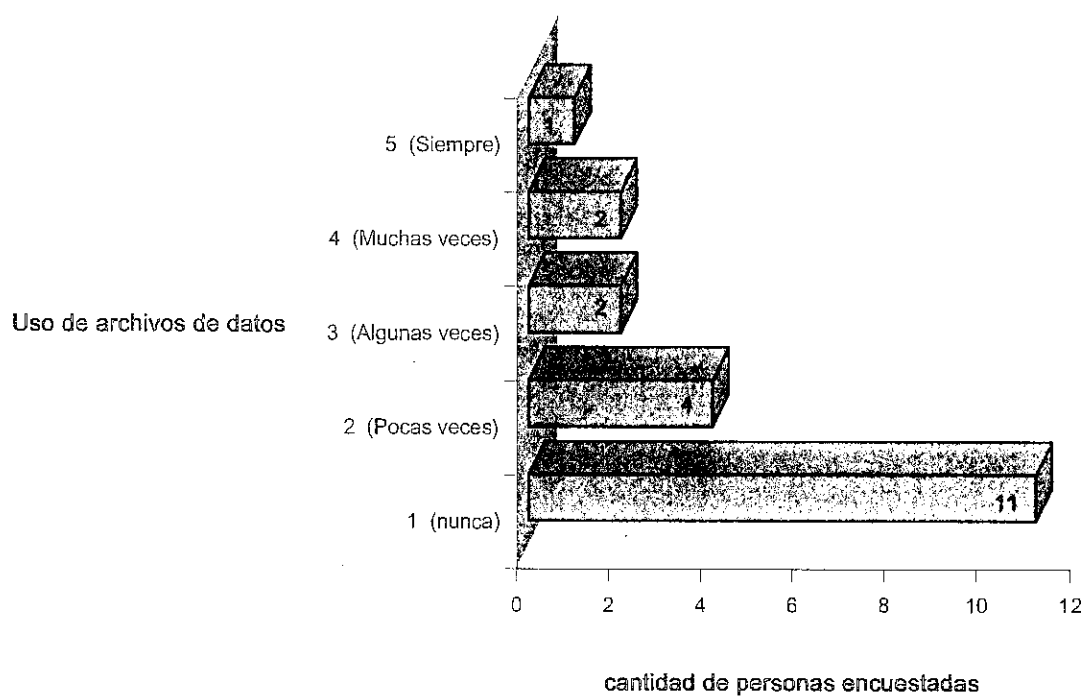
USO DE LOS MODERNOS MEDIOS TECNOLÓGICOS DE PRUEBAS



La encuesta fue realizada a funcionarios del Órgano Judicial de Coclé.

GRÁFICA No. III

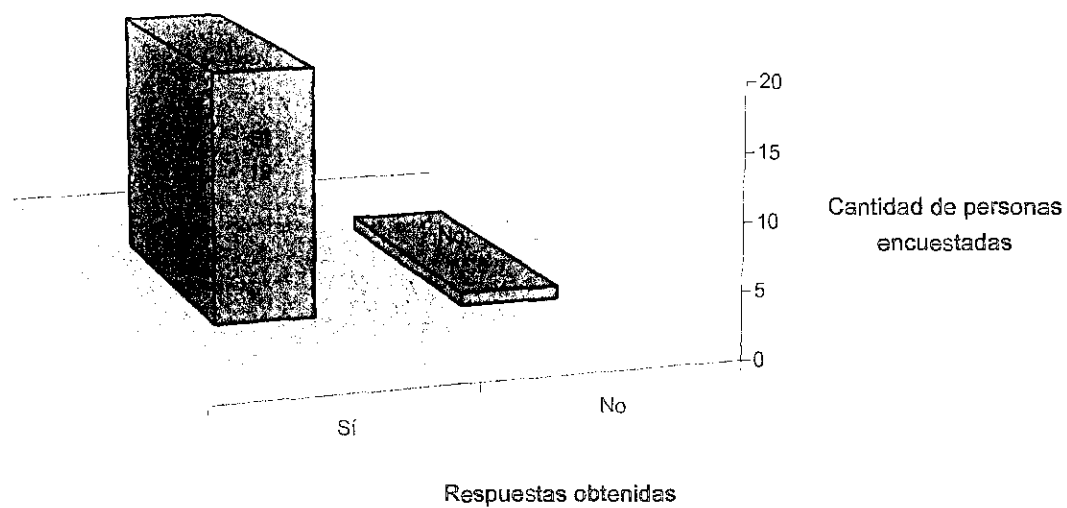
USO DE LOS MODERNOS MEDIOS TECNOLÓGICOS DE PRUEBAS



La encuesta fue realizada a funcionarios del Órgano Judicial de Coclé.

GRÁFICA No. IV

VALOR DE LOS MODERNOS MEDIOS TECNOLÓGICOS DE PRUEBAS DENTRO DEL PROCESO PENAL

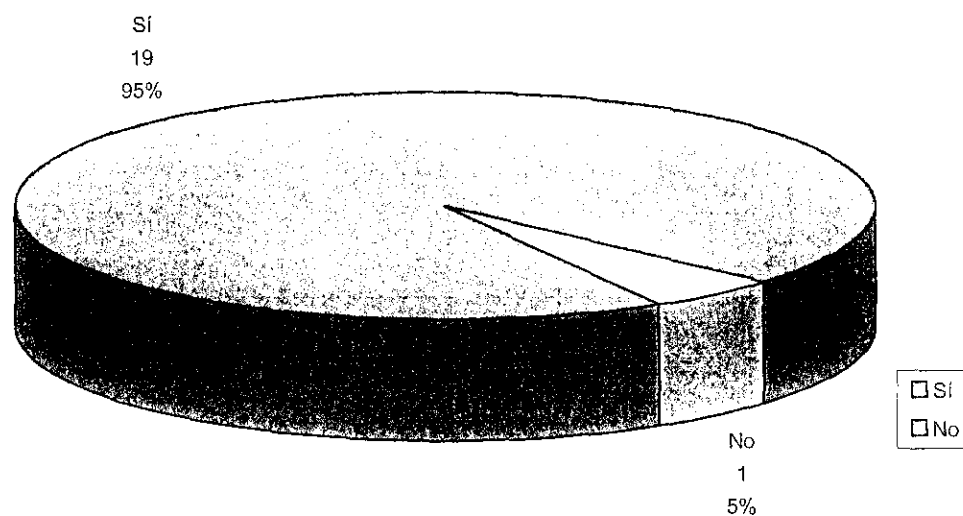


Contribución del uso de pruebas tecnológicas al descubrimiento de la verdad material en los procesos penales.

Esta encuesta fue realizada a funcionarios del Órgano Judicial de Coclé.

GRÁFICA No. V

VALOR DE LOS MODERNOS MEDIOS TECNOLÓGICOS DE PRUEBAS DENTRO DEL PROCESO PENAL

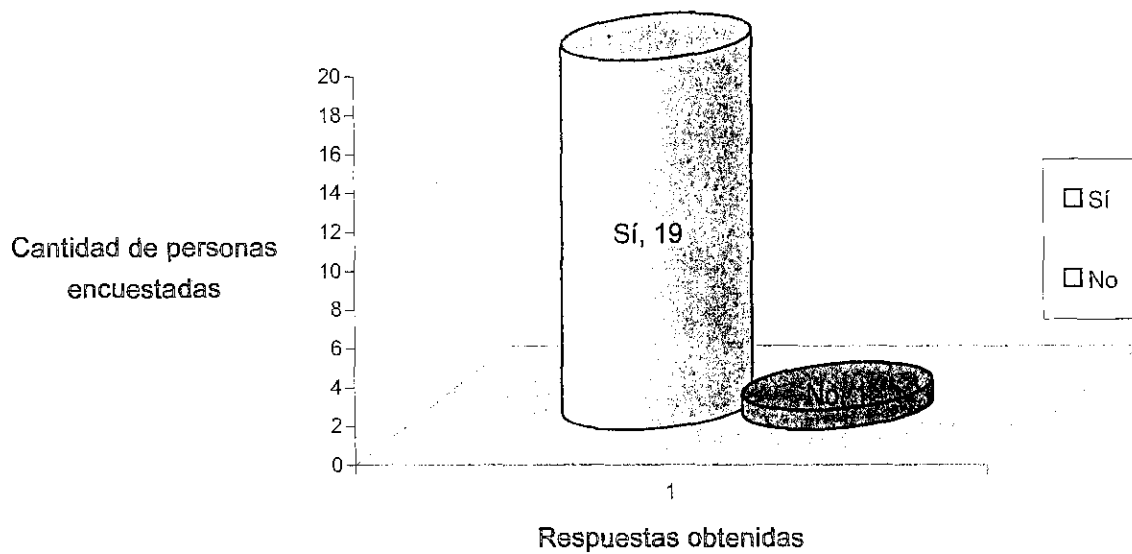


Regulación del uso de modernos medios de prueba tecnológicos en el Código Judicial de Panamá, libro III sobre procedimiento penal.

Esta encuesta fue realizada a funcionarios del Órgano Judicial de Coclé.

GRÁFICA No. VI

VALOR DE LOS MODERNOS MEDIOS TECNOLÓGICOS DE PRUEBAS DENTRO DEL PROCESO PENAL

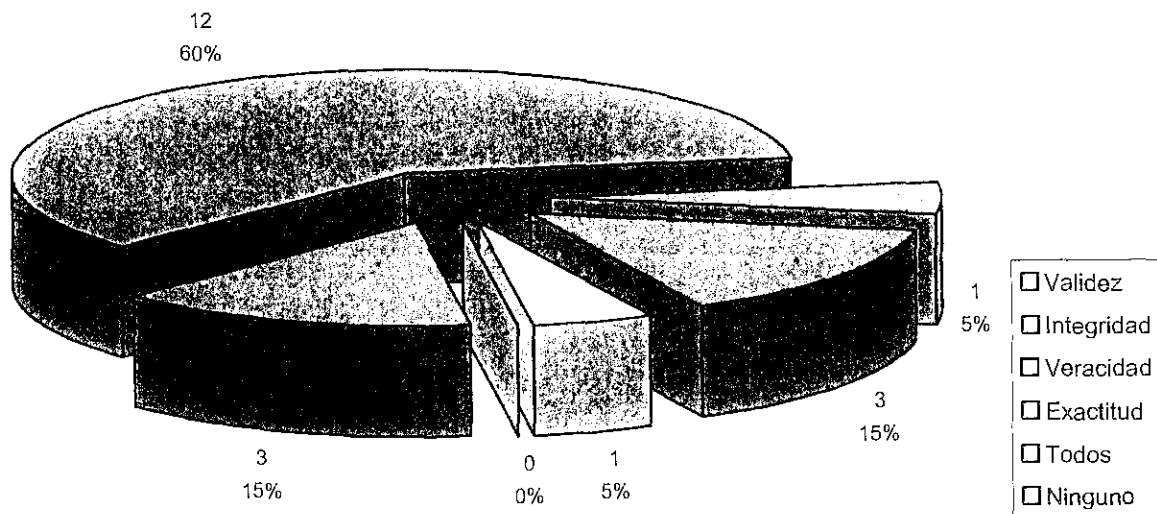


Necesidad de regular el uso de los modernos medios tecnológicos de pruebas.

Esta encuesta fue realizada a funcionarios del Órgano Judicial de Coclé.

GRÁFICA No. VII

VALOR DE LOS MODERNOS MEDIOS TECNOLÓGICOS DE PRUEBAS DENTRO DEL PROCESO PENAL

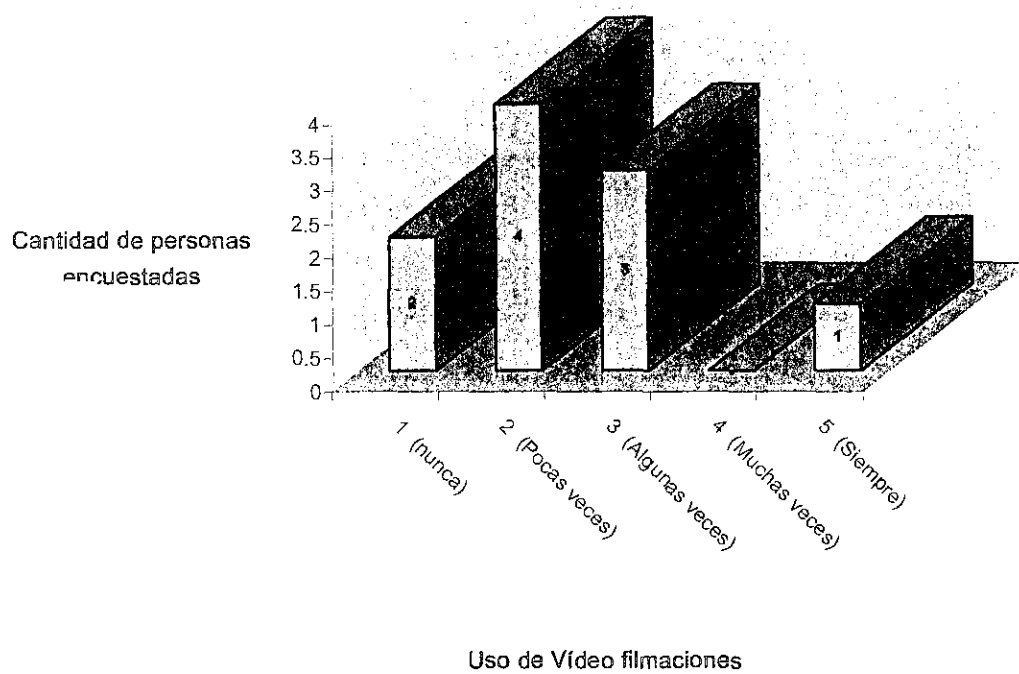


Requisitos a considerar una vez que los modernos medios tecnológicos de reproducción y archivo de datos, sonidos e imágenes entran en el proceso penal.

Esta encuesta fue realizada a funcionarios del Órgano Judicial de Coclé.

GRÁFICA No. VIII

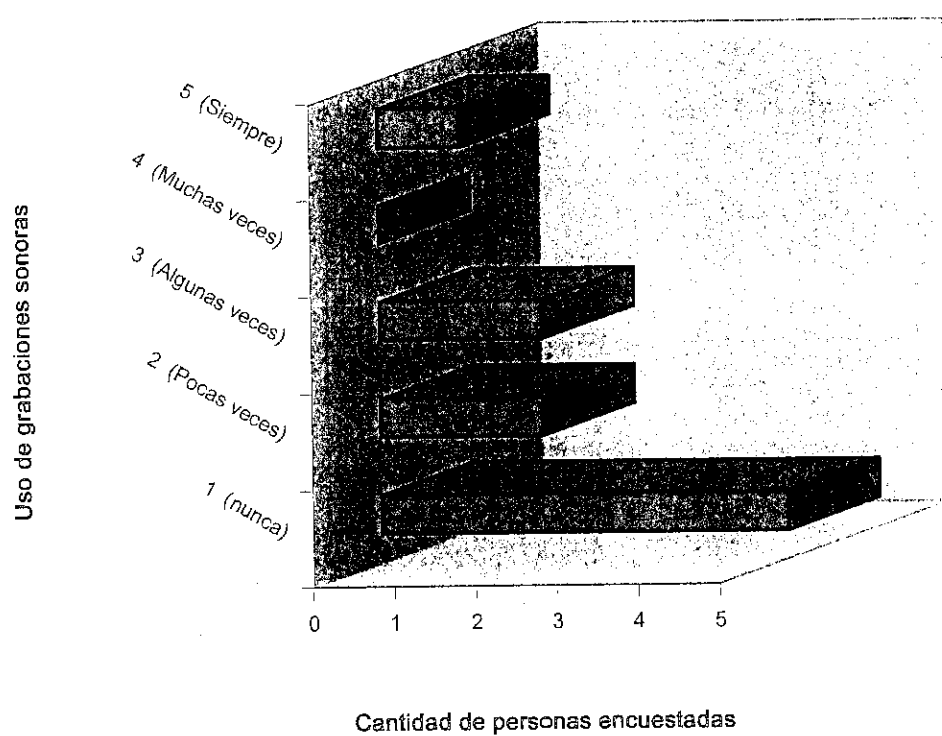
USO DE LOS MODERNOS MEDIOS TECNOLÓGICOS DE PRUEBAS



Esta encuesta fue realizada a funcionarios del Ministerio Público de Coclé.

GRÁFICA No. IX

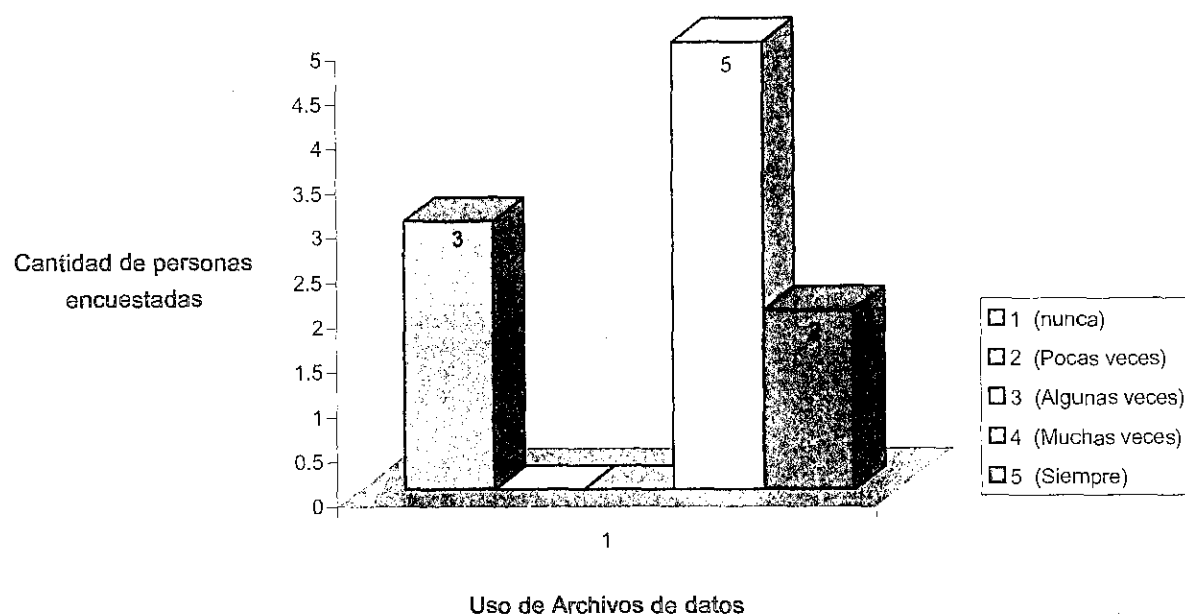
USO DE LOS MODERNOS MEDIOS TECNOLÓGICOS DE PRUEBAS



Esta encuesta fue realizada a funcionarios del Ministerio Público de Coclé.

GRÁFICA No. X

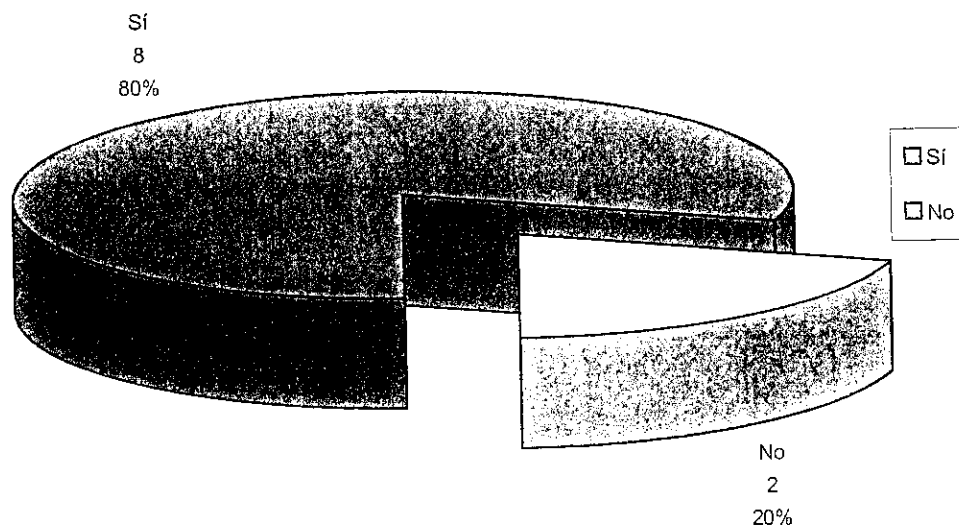
USO DE LOS MODERNOS MEDIOS TECNOLÓGICOS DE PRUEBAS



Esta encuesta fue realizada a funcionarios del Ministerio Público de Coclé.

GRÁFICA No. XI

VALOR DE LOS MODERNOS MEDIOS TECNOLÓGICOS DE PRUEBAS DENTRO DEL PROCESO PENAL

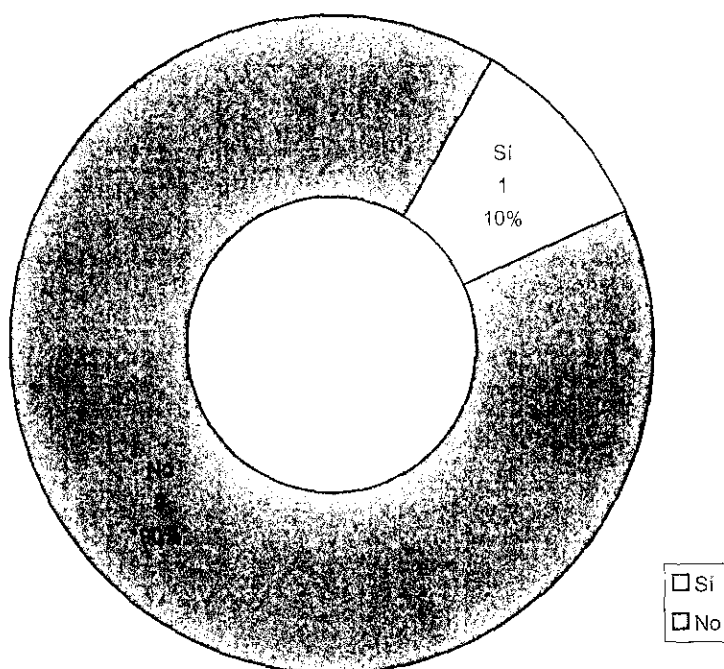


Contribución del uso de pruebas tecnológicas al descubrimiento de la verdad material en los procesos penales.

Esta encuesta fue realizada a funcionarios del Ministerio Público de Coclé.

GRÁFICA No. XII

VALOR DE LOS MODERNOS MEDIOS TECNOLÓGICOS DE PRUEBAS DENTRO DEL PROCESO PENAL

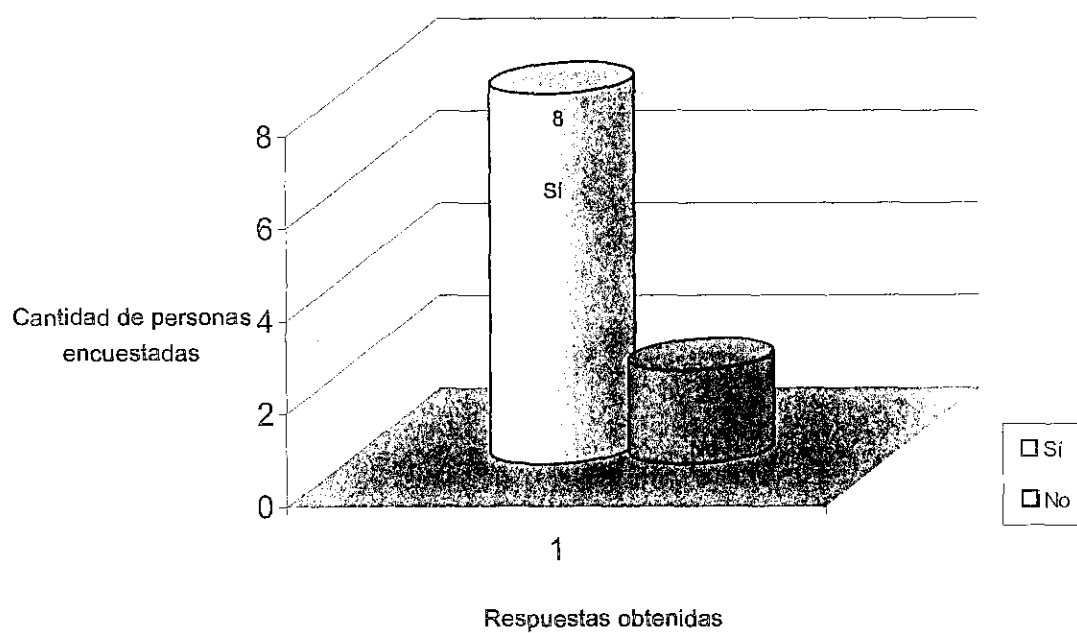


Regulación del uso de pruebas de los modernos medios tecnológicos en el Código Judicial de Panamá, libro III sobre procedimiento Penal.

Esta encuesta fue realizada a funcionarios del Ministerio Público de Coclé.

GRÁFICA No. XIII

VALOR DE LOS MODERNOS MEDIOS TECNOLÓGICOS DE PRUEBAS DENTRO DEL PROCESO PENAL

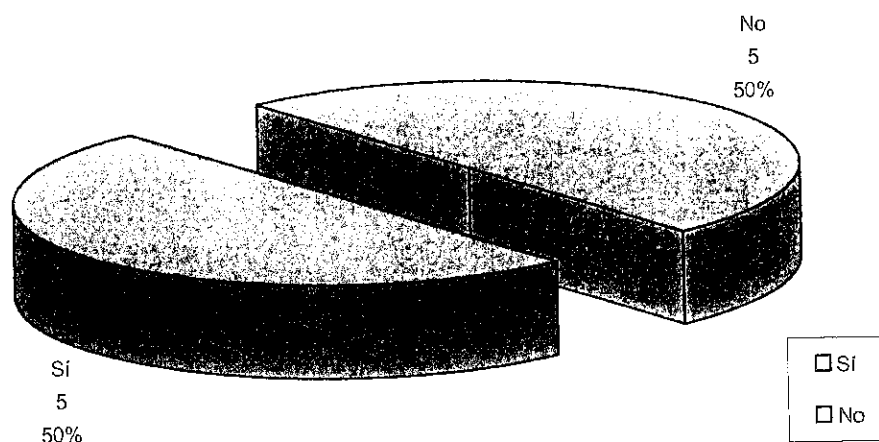


Necesidad de regular el uso de los modernos medios tecnológicos.

Esta encuesta fue realizada a funcionarios del Ministerio Público de Coclé.

GRÁFICA No. XIV

VALOR DE LOS MODERNOS MEDIOS TECNOLÓGICOS DE PRUEBAS DENTRO DEL PROCESO PENAL

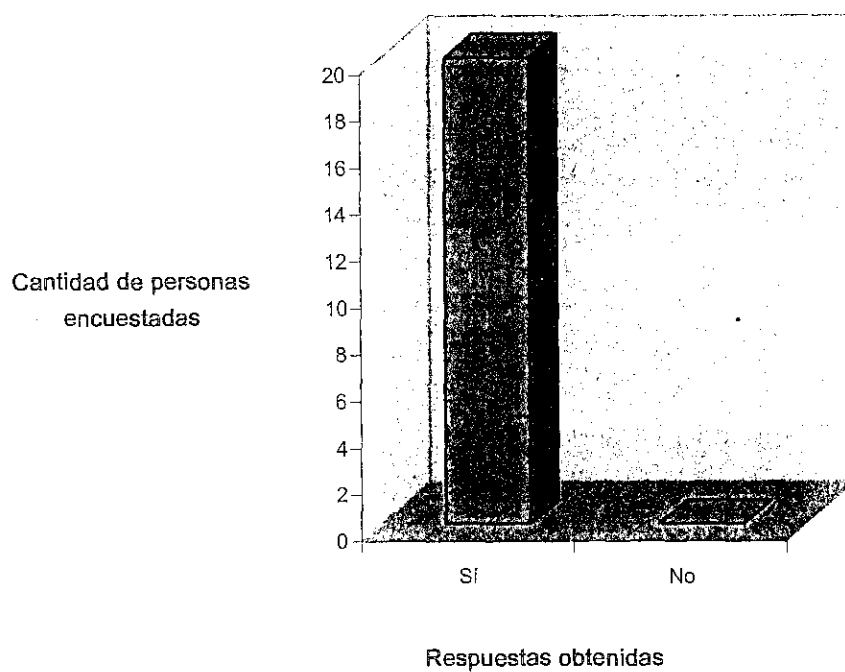


Valoración de los modernos medios tecnológicos de pruebas por el Juez Penal al dictar sentencia.

Esta encuesta fue realizada a funcionarios del Ministerio Público de Coclé.

GRÁFICA No. XV

VALOR DE LOS MODERNOS MEDIOS TECNOLÓGICOS DE PRUEBAS DENTRO DEL PROCESO PENAL

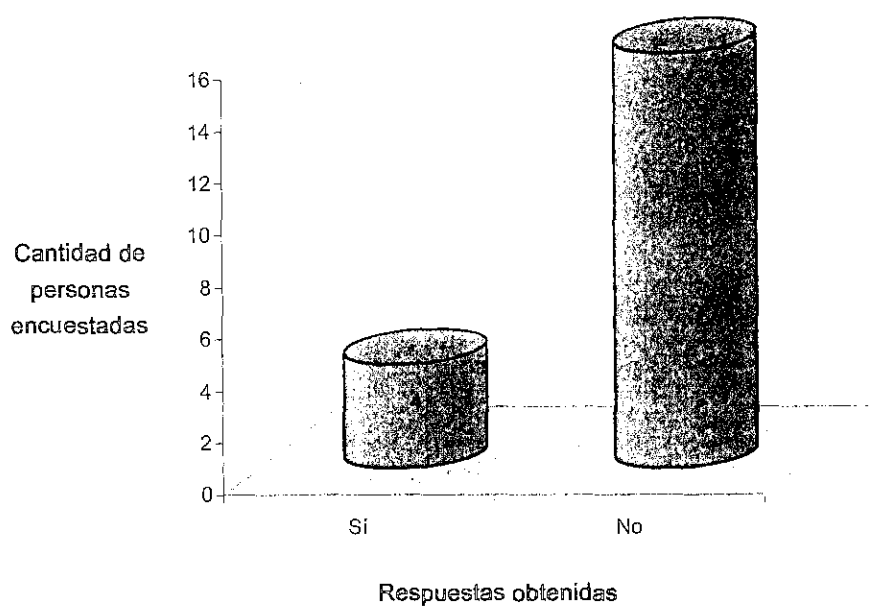


Contribución del uso de pruebas tecnológicas al descubrimiento de la verdad material en los procesos penales.

Esta encuesta fue realizada a Abogados litigantes.

GRÁFICA No. XVI

VALOR DE LOS MODERNOS MEDIOS TECNOLÓGICOS DE PRUEBAS DENTRO DEL PROCESO PENAL

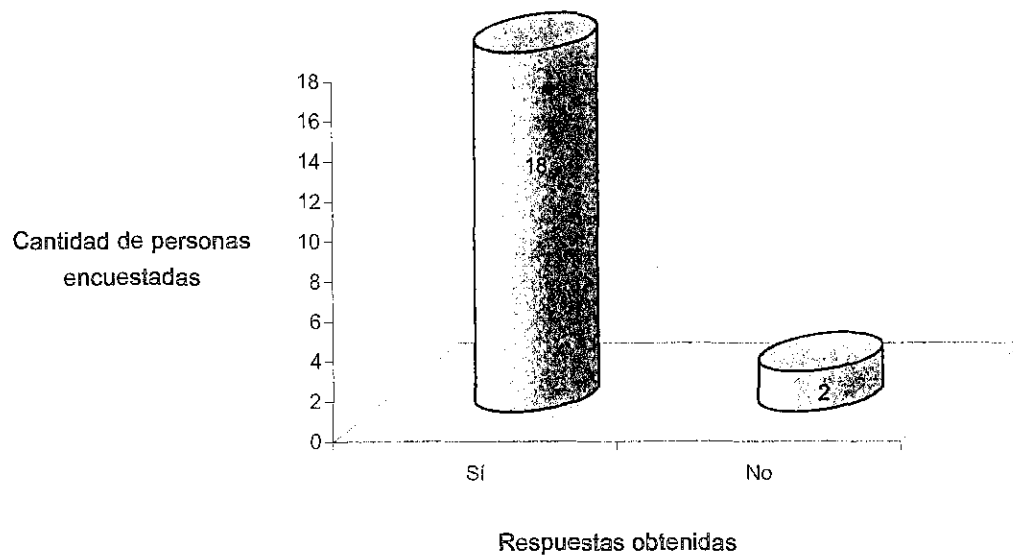


Regulación del uso de modernos medios de pruebas tecnológicos en el Código Judicial de Panamá, libro III sobre procedimiento penal.

Esta encuesta fue realizada a Abogados litigantes.

GRÁFICA No. XVII

VALOR DE LOS MODERNOS MEDIOS TECNOLÓGICOS DE PRUEBAS DENTRO DEL PROCESO PENAL

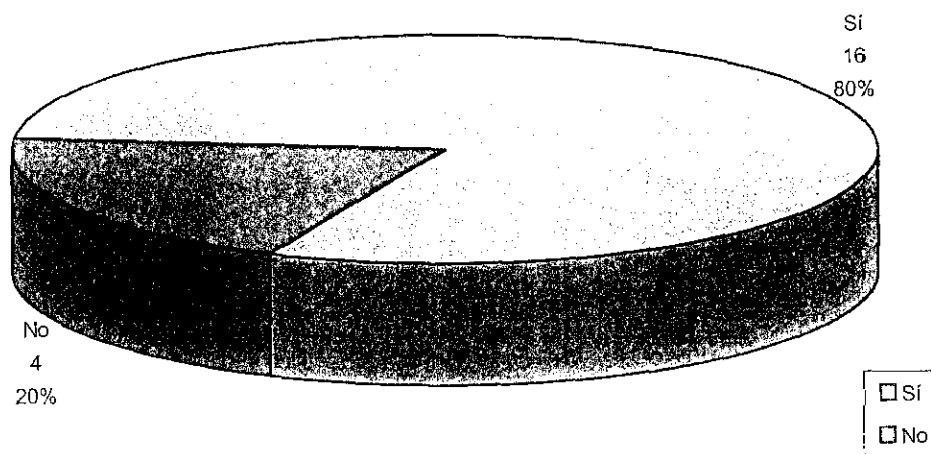


Necesidad de regular el uso de los modernos medios tecnológicos de pruebas.

Esta encuesta fue realizada a abogados litigantes.

GRÁFICA No. XVIII

VALOR DE LOS MODERNOS MEDIOS TECNOLÓGICOS DE PRUEBAS DENTRO DEL PROCESO PENAL



Valoración de los modernos medios tecnológicos de pruebas por el Juez Penal al dictar sentencia.

Esta encuesta fue realizada a Abogados litigantes.

DISCUSIÓN

El análisis de la información obtenida indica que mayor porcentaje de los abogados litigantes, funcionarios del Ministerio Público, jueces y magistrados, consideran que el uso de pruebas tecnológicas de reproducción y archivo de datos, sonidos e imágenes contribuyen a descubrir la verdad en los procesos penales. No obstante, el estudio sobre el uso de las mismas revela que nunca o pocas veces utilizan las grabaciones sonoras, vídeo filmaciones y archivos de datos dentro de los procesos penales que conocen.

En relación con la valoración de las pruebas tecnológicas analizadas, el mayor porcentaje de abogados y funcionarios del Ministerio Público consideran que sí son valoradas por los jueces penales al dictar sentencia. Mientras que los jueces consideran que efectivamente estas pruebas cumplen requisitos para ser valoradas: integridad, veracidad, exactitud.

Por su parte, las entrevistas efectuadas dieron por resultado que la opinión mayoritaria de los funcionarios judiciales es la de que estos medios son capaces de recoger y conservar a su vez mayor información por más tiempo y en forma más rápida e íntegra. Sin embargo, una pequeña minoría considera que no les tienen confianza y se debe contar con sistemas que detecten alteraciones a las grabaciones de voz y vídeo filmaciones. En este sentido, los abogados litigantes consideran que estas tecnologías no se encuentran reguladas, resultando por ello que sólo algunos jueces las usen y consideren su valor en los procesos penales.

En síntesis, los resultados obtenidos conducen a proponer que se realice una regulación de los modernos medios de pruebas tecnológicas, a fin de que se utilicen en mayor medida en los procesos penales, puesto que son fundamentales para las investigaciones delictivas, ya que dada la alta criminalidad, debemos contar con un mayor número de medios de prueba de igual envergadura como lo son las modernas tecnología de archivo y reproducción de sonidos, imágenes y datos.

CONCLUSIONES

Finalizada nuestra investigación, esbozamos las siguientes conclusiones:

-Las pruebas, en nuestra legislación penal son señaladas en el artículo 2046 del Código Judicial, donde el legislador no se limita a nombrarlas sino que explica en sus artículos posteriores cómo es su promoción, evacuación, oposición y hasta la respectiva valoración que el juez debe darles a la hora de sentenciar. No obstante, la parte final de esta norma indica que se permite el uso de cualquier otro medio racional el cual sirva para la formación de la convicción del Juez, siempre que no estén expresamente prohibidos por la ley, ni violen derechos humanos, ni sean contrarios a la moral y al orden público.

-Consideramos que en base al principio de necesidad de la prueba, al juez se le deben proporcionar todos los medios probatorios suficientes que le permitan alcanzar certeza y poder así dictar la sentencia, y por ello la posibilidad de incorporar al proceso penal, “**otros medios de pruebas**”, permite que con la evolución del mundo tecnológico, creaciones novedosas sirvan como instrumentos de pruebas, las cuales demandarán del Juez una actividad menos pasiva, ya que tendrá que comprender esta nueva prueba para luego, con la unión de otros elementos probatorios, saberla valorar.

-Las **grabaciones magnetofónicas**, como medios de pruebas, consisten en el registro de sonidos a través de un magnetófono o grabadora en la cual se inserta reproducciones de voces totalmente fieles a la realidad en una situación jurídica especial, que en un momento determinado pueden llegar a ser pruebas de algún hecho en juicio. Buscando la existencia de una regulación sobre el particular, tomamos como base lo señalado sobre pruebas en el Libro III – Proceso penal-del Código judicial, que remite a las normas del libro II –Proceso civil- título VII sobre pruebas, y encontramos que en el capítulo III “ sobre Documentos” sección 3ª “ Documentos Privados”, el artículo 875 contempla expresamente entre los denominados documentos privados, las reproducciones de vídeo o a través de casetes, fotografías y otros.

- Los **Medios Audiovisuales**, pueden constituir efectivamente medios de prueba no sólo porque contengan registros de hechos que prueben alegatos controvertidos por las partes (v. gr. Si se tratara de un hecho ilícito que se reproduce en él). En relación con su uso como prueba, *el Audiovisual* es considerado un medio de Prueba por la sencilla razón de que trae los hechos afirmados al proceso, permitiendo que queden al alcance de los sujetos procesales durante toda la causa. Además, presenta ventaja sobre los tradicionales como los testigos y los peritos, ya que revelan el propio hecho de manera objetiva y sin ningún tipo de aditamento externo.

-Al hablar de **valoración** de la prueba, nos referimos a la determinación de la fuerza y eficacia de las pruebas para demostrar un hecho. En relación con la valoración y la apreciación de las pruebas, existen tres sistemas: sistema de la prueba tasada o tarifa legal, el sistema de la libre apreciación o íntima convicción y el sistema de la Sana Crítica. De ellos, el último es el imperante en nuestro país, puesto que las pruebas deben ser valoradas de acuerdo con la lógica y la experiencia. Este sistema es el señalado en el Artículo 781 del Código Judicial, donde constata que el Juez debe apreciar las pruebas según las reglas de la sana crítica, sin que esto excluya las formalidades que la ley establezca para la existencia o validez de ciertos actos o contratos.

-El uso de la **nueva tecnología** ha mejorado la calidad en la obtención y producción de los elementos de convicción, ampliando la posibilidad de descubrir la verdad de todo acontecimiento histórico-delictivo. No obstante, estos adelantos técnicos han llevado a una situación de conflicto, por enfrentarse esta nueva tecnología fundamental con la esfera o privacidad del hombre y han motivado la controversia en su utilización por ser ilegítima o errónea, todo ello debido a la falta de una legislación que establezca con cierta rigurosidad científica y jurídica, coherente y concordante los supuestos y las condiciones y límites en que estos medios de captación pueden ser utilizados sin conculcar derechos fundamentales.

- A lo largo de la investigación observamos que una de las grabaciones sonoras más utilizadas como prueba en el proceso penal, es el sistema denominado *intercepción telefónica o de intervención telefónica, intromisión telefónica, o también de escuchas telefónicas o registro telefónico* y que este moderno medio de prueba ha generado arduas controversias al resentir, a veces, la intimidad o privacidad de las personas y su libertad de expresión, poniendo en riesgo la inviolabilidad de la defensa, trayendo aparejada una posible autoacusación que violenta el debido proceso. Lo importante que se debe destacar en cuanto a su *aplicación y límites* es el hecho de que toda orden judicial que sobre intercepción telefónica se haga, debe basarse en un auto fundado. Por lo que debe existir una reglamentación jurídica adecuada, pues se trata de una limitación de un derecho fundamental. Igualmente, se plantea la existencia de un problema fundamental del modo probatorio de las grabaciones en relación a su promoción, admisión y su realización.

-En cuanto a las pruebas de **vídeo filmaciones**, el problema estriba básicamente en determinar su autenticidad. En torno a la autenticidad, concluimos que esta clase de pruebas deben ir normalmente auxiliadas por otro tipo de pruebas, como la pericial, interrogatorio de las partes y la testifical. Asimismo, también las otras partes podrán aportar dictámenes y medios de prueba cuando cuestionen la autenticidad y exactitud de lo reproducido.

- Es importante referirse a las ideas de la doctrina española quien considera que para determinar posibles manipulaciones o montajes de tipo técnico, la parte a quien perjudique podría acudir a la pericial judicial para determinar si existen manipulaciones en la prueba tecnológica. Así, desde la convicción y la experiencia pericial, se están desarrollando nuevas técnicas periciales que tienen como resultado un VídeoCD visualizable en cualquier PC y del que se pueda dar copia a las partes para garantizar el derecho a la contradicción, incluso realizando un contravideo.

- La regulación del uso, admisión, valoración de las pruebas tecnológicas resulta necesaria, puesto que en nuestro país se proyecta implementar el sistema acusatorio en donde las partes pueden cuestionar los medios probatorios y ponerlos a discusión y deliberación. Es aquí que corresponde al juez intervenir para solicitar la repetición del hecho principal o la demostración de los hechos incriminatorios, a fin de que se dé la evolución y transformación en un hecho probatorio. El juez deberá limitarse a recoger los hechos, comprobarlos, darles un orden preferencial y proponer vinculaciones y situaciones respecto a los sujetos procesales de acuerdo a ley o costumbre judicial. De igual manera es totalmente libre para valorar, actuar, apreciar e interpretar la prueba. En el sistema procesal acusatorio, se maneja tanto las diligencias de inspección ocular, revisión, inspección judicial, peritajes y la reconstrucción de los hechos.

-El documento elaborado en la tecnología y su prueba, recibe denominaciones como documento informático o informatizado, documento electrónico y documento digital. En lo que no cabe duda desde el punto de vista doctrinal, es que tanto las pruebas en soportes electrónicos (disquetes, cd-rom, disco duro, etc), como en los instrumentos técnicos de reproducción (películas,etc), son documentos electrónicos, de contenidos informáticos y audiovisuales, producidos con el auxilio de los ordenadores. La valoración legal de los documentos va referida a la determinación de su autenticidad, *"de la coincidencia entre el autor aparente y el real"*. La autenticidad de un texto informático consiste en la identidad entre quien se identifica o afirma como autor y quien efectivamente lo redactó, igual que sucede con los documentos tradicionales. Por tanto, mientras la otra parte no impugne dicha identificación, tendría que poseer por coincidentes al autor real con el aparente.

-En el caso de un documento electrónico objetado y no firmado manualmente, corresponde al Juez buscar la verdad, y para ello tiene forzosamente que ser asistido por un perito informático. Los jueces estarán obligados a tener perito de "cabecera". A la Corte Suprema de Justicia corresponde el deber, más bien la obligación de elaborar un listado de peritos idóneos, con experiencia en escudriñar entre archivos y programas.

- El uso de la tecnología estudiada origina dudas en cuanto a su autenticidad, es así que como una solución concluimos que la valoración de estos medios de prueba, demandan del Juez, la aplicación de la sana crítica y la práctica de los peritajes.

individualizarse y señalarse concretamente a las personas que han de ser puestas bajo la intervención telefónica. Queda claro que puede ser fijo, móvil, vía fax e incluso internet; debe entenderse que el teléfono, objeto de la medida, debe ser el usado por el imputado, sea éste su titular o no, pues debe establecerse que es el teléfono de uso habitual y esto debe acreditarse adecuadamente. Igualmente, la medida de intervención telefónica se restringe a delitos de cierta gravedad determinada *cualitativamente* por la afección de la seguridad jurídica, o *cuantitativamente*, tomando en cuenta el monto de la pena prevista para el delito en cuestión, y con esto se lograrían los dos intereses que tiene el proceso penal: uno es la *represión del delito instrumentado a través del Estado o tipificado por él*, y el otro es el *derecho a la libertad, la presunción de inocencia y la defensa del imputado*. Esta medida debe ser pertinente, es decir, adecuada al hecho criminoso.

-En cuanto a las grabaciones telefónicas, consideramos necesario realizar la grabación de todas las conversaciones efectuadas por el endilgado durante el período fijado por la medida, y debe ser el juez quien posteriormente seleccione lo útil y conducente a la investigación; pudiendo alegarse partes pertinentes a lo ya transcrito, o bien, atestar sobre lo que no reviste tal carácter. Por lo tanto, las cintas grabadas deben ser suministradas en forma íntegra al juzgado, y dichos documentos deben ser entregados de una manera que se impida su presunta alteración. Con respecto a la transcripción efectuada por la prevención, deben ser autenticadas por el Tribunal. Es necesario establecer el

día y hora de la realización y señalarse la autenticación del contenido del acta de lo grabado. Igualmente, se debe efectuar la identificación de la voz grabada e impugnación y comprobación de la autenticidad.

-En el caso de conversaciones telefónicas donde no hay testigos la mayoría de las veces y la persona a quien se le imputa no la reconoce como suya, creemos que es importante comprobar la identidad de la voz, la cual resulta de difícil verificación. En este caso se considera necesario el uso de aparatos científicos modernos que puedan demostrar la identidad de voces, la certificación de verdaderos peritos en la materia, expertos que certifiquen sin vacilación ni duda la identidad de voces por aparatos sofisticados, verdaderamente científicos, capaces de sacar de dudas al juez.

-En cuanto a las pruebas de vídeo filmaciones, el problema estriba básicamente en determinar su autenticidad. En torno a la autenticidad, consideramos que esta clase de pruebas deben ir normalmente auxiliadas por otro tipo de pruebas, como la pericial, interrogatorio de las partes y la testifical. En cuanto al momento procesal oportuno en que la parte debe aportar esos dictámenes y medios de prueba instrumentales, éste debe ser cuando se proponga el medio, esto es, para el caso del juicio ordinario en la audiencia previa. El interrogatorio de la contraparte se practicaría en el mismo

acto de reproducción de las imágenes o del sonido, con el fin de que este litigante se pronuncie sobre la autenticidad de las manifestaciones que se le atribuyen y aparecen grabadas en una cinta magnetofónica o sobre la coincidencia con la realidad de unas imágenes grabadas en vídeo. Cabría también proponer la práctica de la prueba testifical, con el objeto de que un testigo presencial declare si vio las imágenes que aparecen filmadas, si reconoce a alguien en el video o si reconoce la voz de una grabación.

- La autenticidad de un texto informático consiste en la identidad entre quien se identifica o afirma como autor y quien efectivamente lo redactó, sólo en el caso de un documento electrónico objetado y no firmado manualmente. Si el Juez debe buscar la verdad, tiene forzosamente que ser asistido por un perito informático. Razón por la que consideramos que los jueces están obligados a tener peritos idóneos en informática. A la Corte Suprema de Justicia corresponde elaborar un listado de peritos idóneos, con experiencia en escudriñar entre archivos y programas.

-En vista de ello, nos atrevemos a indicar a los jueces que sólo debe ser reconocida y *valorada* aquella prueba adquirida, a través de las reproducciones o grabaciones de voz y vídeo filmaciones, cuando la misma ha sido alcanzada, siguiendo cada uno de los parámetros contemplados en la Constitución

Nacional y las leyes especiales que hayan sido sancionadas y aprobadas, para regular los principios universales de la privacidad y la intimidad; debido a que si no se observan tales preceptos estaríamos frente a una prueba prohibida.

BIBLIOGRAFÍA

1. ARMENTA DEU, Teresa. El proceso penal: nuevas tendencias, nuevos problemas. Poder Judicial, Madrid España, 1997.
2. AMADEO GADEA, Sergio Luis Informática y Nuevas Tecnologías, editorial la ley, Madrid, 2001.
3. BAUMANN, Jorgen. Derecho Procesal Penal. Ed. Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1986, 249págs.
4. BOBBIO, Norberto. Teoría General del Derecho. Ed. Temis, Santa Fe, de Bogotá Colombia. 1997
5. CABRERA ROMERO, Jesús. Derecho Probatorio. Ed. Jurídica Alva S.R.L., Caracas Venezuela, 1997.
6. CARNELUTTI, Francesco. Derecho procesal Civil y Penal. Ed. Mexicana, México, 1997.
7. CAVERO, Irma. Diversas pruebas novedosas en el ordenamiento jurídico Venezolano, Ed. Alva S.R.L., Caracas Venezuela, 2000.
8. CARRERA ACOSTA, Benigno Humberto. Teoría General del Proceso y de la prueba, 5ª edición, Bogotá (Colombia), ediciones Gustavo Ibáñez, 1994.
9. CLARIA, Olmedo. Derecho Procesal II Estructura del Proceso, Ed. Desalma, Buenos Aires Argentina, 1991, 181págs.
10. CEDENO, Álvaro. La Magia del Derecho. Ed. La Antigua, Panamá, República de Panamá, 1986. 116págs.
11. COUTURE, Eduardo. Estudios de derecho procesal civil, tomo II, Buenos Aires Argentina, 1950.
12. DAVIS, Enriqueta. Investigaciones en Ciencias Jurídicas. Investigaciones Jurídicas, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá, 1985. 81págs.
13. De La Torre, Francisco. Taller de Lectura y Redacción. Ed. Mc Graw Hill, México, 1993.
14. DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Compendio de Derecho Procesal. Pruebas Judiciales Tomo II. Ed. ABC-Bogotá Colombia, 1988, 564págs.

15. DE VEGA RUIZ, Augusto. Proceso Penal y derechos fundamentales desde la perspectiva jurisprudencial, Ed. Cólec, Madrid, 1994.
16. FÁBREGA, Jorge. Teoría General de Las Pruebas, Editorial jurídica Iberoamericana, 2006, 812 págs.
FÁBREGA PONCE, Jorge, Medios de pruebas, Litho Impresora Panamá, 1978.
17. FLORES VILLA, Francisco. Curso de Metodología y técnica de la Investigación Jurídica. Imprenta Universidad de Panamá, 1995.
18. GARCÍA, Jesús. La Prueba en el Proceso Penal. Ed. Librería Jurídica Gustavo Ibares, Santa Fe de Bogotá, 1996.
19. GARCÍA, Sergio. Curso de Derecho Procesal Penal. Ed. Librería Jurídica Gustavo Ibares, Santa Fe de Bogotá, 1996.
20. GERHARD, Walter. Libre apreciación de la prueba. Ed. Temis Librería, Bogotá Colombia, 1985. 413 págs.
21. GIRALDO, Jaime. Metodología y Técnica de la Investigación Bibliográfica. Ed. Librería del Profesional, Bogotá, Colombia, 1984.
22. GÓLCHER, ILEANA. Escriba y Sustente su Tesis, Metodología para la Investigación Social. Ed. Mar adentro, Panamá, 1999.
23. GOMEZ LARA, Cipriano. Teoría General del Proceso. Octava Edición, Colección de Textos Jurídicos Universitarios, México, 1990. 429 págs.
24. GUERRA Morales, Silvio. Teoría del Proceso Penal: Historia y Conceptos Fundamentales. Sistemas Jurídicos S.A. Panamá, 1996. 306 págs.
25. GUERRA DE VILLALAZ, Aura Emérita. Las Pruebas en Materia Penal, en Teoría General de la Prueba, Edit. Jurídica Iberoamericana, 2006, p. 631
22. HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto. Metodología y técnicas de la Investigación. Ed. Mc Graw Hill Latinoamericana, México, 1994.
26. HERRERA BRAVO, Rodolfo, El documento electrónico: algunas vías de aplicación en el derecho probatorio chileno, Santiago de Chile, 1999.
27. HOYOS, Arturo. El debido proceso. Ed. Temis, Santa Fe de Bogotá, 1996.
“Justicia, Democracia y Estado de Derecho”, Corte Suprema de Justicia, Serie Ensayos y Monografías Judiciales, Panamá, 1996
28. LONDOÑO JIMÉNEZ, Hernando. Derechos Humanos y Justicia Penal. Ed. Temis, Bogotá, 1998.

29. MITTERMAIER, C.J.A. Tratado de la Prueba en Materia Criminal, 10ª edición, Madrid, Reús, 1979.
30. MONTERO AROCA, La prueba en el Proceso Civil, 2ª edición, Madrid, 1998.
31. MONTÓN, Alberto. Medios de reproducción de la imagen y el sonido. Serie cuadernos del Consejo General del Poder Judicial, Madrid España, 2001.
32. MORA CORA, Silvestre. Tratado de Pruebas Civiles y Penales. Vol 4,Ed. Jurídica Universitaria S.A. México,2001, 227págs.
33. PARRA QUIJANO, Jairo, Manual de Derecho Probatorio, 3ª edición, Bogotá, 1992.
34. PARILLI ARAUJO, Oswaldo. La Prueba y sus Medios Escritos. Segunda Edición, Ed. Móbil Libros, España, 1997.
35. RAMOS MÉNDEZ, Francisco. El Proceso Penal, España, Librería Bosch, 1988.
36. ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, Guillermo, La prueba documental y los medios e instrumentos idóneos para reproducir imágenes o sonidos o archivar y conocer datos, ed. La Ley-Actualidad, España, 2000
37. SÁNCHEZ, Luzmila. Metodología de la Investigación. Imprenta ARTICSA, Panamá, 2004.124págs.
38. SANCHÍS CRESPO, La prueba por soportes informáticos, Ed.Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
39. SENTIS MELENDO, Santiago. La prueba. Buenos Aires (Argentina) editorial EJE, 1979.
40. ZUBIZARRETA G., Armando. La aventura del Trabajo Intelectual. Ed. Fondo Educativo Interamericano S. A, México, 1982.
41. FREITA, Benito Amilcar. Sistemas Actuales de Análisis en Criminalística. Editorial La Roca, S.A., Argentina. 2001.

DICCIONARIOS

1. BLAQUEZ FRAILE, Agustín. Diccionario Manual Latino-Español-Latino. Barcelona (España): Editorial Ramón Sopena , 1974, p.385
2. RAYMOND Guillen, JEAN Vicent. Diccionario Jurídico. Editorial Temis, Bogotá Colombia 2º edición, 1984,417págs.
3. ECHANDIA, Davis. Diccionario Jurídico. Editorial Temis, Bogotá-Colombia, 1992.
4. CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental. Editorial Heliasta, Buenos Aire, 1998,422págs.
5. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la Lengua Española, vigésima segunda edición, tomo 5, Colombia, 2001

ARTÍCULOS, PONENCIAS, SEMINARIOS E INTERNET

1. VILLALOBOS, Edgardo. El documento electrónico y la prueba electrónica. Conferencia dictada en El Primer Congreso sobre “Nuevas Tendencias del Derecho Procesal” USMA, 3 al 7 de octubre de 2005.
2. ZAMORANO, Abel Augusto. Las pruebas obtenidas mediante Las Grabaciones Sonoras y de imagen y las intervenciones Telefónicas: Su valor probatorio. Publicada en Memorias del Primer Congreso Panameño de Derecho Procesal, Panamá, 2005.
3. w.w.w.monografias.com
4. w.w.w.organojudicial.gob.pa.

CÓDIGOS y LEYES

1. Constitución de la República de Panamá. Jorge Fábrega, Ed. Álvarez, Panamá, 2004, 102 págs.
2. Código Penal de la República de Panamá, Editorial Mizrahi & Pujol S.A. 2000.
3. Código Judicial de la República de Panamá. Texto único. Sistemas Jurídicos S.A., Panamá, 2002, 895 págs.

ANEXOS

**ANEXO No. 1- CUESTIONARIO APLICADO A LOS FUNCIONARIOS JUDICIALES DEL
SEGUNDO DISTRITO JUDICIAL –sede Penonomé**

UNIVERSIDAD DE PANAMÁ
Centro Regional Universitario de Veraguas
DIRECCIÓN DE INVESTIGACIÓN Y POSTGRADO
Santiago, Provincia de Veraguas
República de Panamá

Encuesta

FECHA: _____
Posición que ocupa dentro del Órgano Judicial: _____

El presente instrumento tiene el objetivo de recabar sus opiniones sobre el uso y valor probatorio de los modernos medios de prueba
Agradecemos mucho su colaboración.

Lea cuidadosamente y conteste cada pregunta con la siguiente escala:
El número 1= Nunca, 2= Pocas veces, 3= Algunas veces, 4= Muchas Veces, 5= Siempre

1. USO DE LOS MODERNOS MEDIOS TECNOLÓGICOS DE PRUEBAS

1.1. Dentro de las investigaciones penales que llegan a su despacho, se utiliza como medio de prueba **vídeo filmaciones**:

1 ☐ 2 ☐ 3 ☐ 4 ☐ 5 ☐

1.2. Dentro de las investigaciones que llegan a su despacho, se utiliza como medio de prueba **grabaciones sonoras**:

1 ☐ 2 ☐ 3 ☐ 4 ☐ 5 ☐

1.3. Dentro de las investigaciones que llegan en su dependencia se utiliza como medio de prueba **archivos de datos**:

1 ☐ 2 ☐ 3 ☐ 4 ☐ 5 ☐

2. VALOR PROBATORIO DENTRO DEL PROCESO PENAL. Conteste marcando con X en la casilla correspondiente a su respuesta en el cuadro de sí o no.

2.1. Considera que el uso de las pruebas tecnológicas contribuyen a descubrir la verdad material en los procesos penales:

Sí ☐ No ☐

2.2. El uso de pruebas de los modernos medios tecnológicos de pruebas está claramente regulados en el Código Judicial de Panamá libro III sobre procedimiento Penal:

Sí ☐ No ☐

2.3. Es necesario regular el uso de los modernos medios tecnológicos de prueba:

Sí ☐ No ☐

Si la respuesta es Sí, opina que la regulación debe darse en los siguientes aspectos. Seleccione el o los que considere necesarios:

Proposición ☐ Admisión ☐ Valoración ☐ Todos los aspectos ☐

Oros aspectos, explique:

2.4. Considera que los modernos medios tecnológicos de reproducción y archivo de datos, sonidos e imágenes al entrar a ser valorados cumplen los siguientes requisitos:

Validez ☐ integridad ☐ veracidad ☐ exactitud ☐ todos ☐

Explique: _____

ANEXO No. 2- CUESTIONARIO APLICADO A LOS FUNCIONARIOS DEL MINISTERIO PÚBLICO DE COCLÉ.

UNIVERSIDAD DE PANAMÁ
Centro Regional Universitario de Veraguas
DIRECCIÓN DE INVESTIGACIÓN Y POSTGRADO
Santiago, Provincia de Veraguas
República de Panamá

Encuesta

FECHA: _____

Posición que ocupa dentro del Ministerio Público: _____

El presente instrumento tiene el objetivo de recabar sus opiniones sobre el uso y valor probatorio de los modernos medios de prueba
Agradecemos mucho su colaboración.

Lea cuidadosamente y conteste cada pregunta con la siguiente escala:

El número 1= Nunca, 2= Pocas veces, 3= Algunas veces, 4= Muchas Veces, 5= Siempre

1. USO DE LOS MODERNOS MEDIOS TECNOLÓGICOS DE PRUEBAS

1.1. Dentro de las investigaciones que se llevan en su dependencia se utiliza como medio de prueba **video filmaciones**:

1 ☐ 2 ☐ 3 ☐ 4 ☐ 5 ☐

1.2. Dentro de las investigaciones que se llevan en su dependencia se utiliza como medio de prueba **grabaciones sonoras**:

1 ☐ 2 ☐ 3 ☐ 4 ☐ 5 ☐

1.3. Dentro de las investigaciones que se llevan en su dependencia se utiliza como medio de prueba **archivos de datos**:

1 ☐ 2 ☐ 3 ☐ 4 ☐ 5 ☐

2. OPINIONES SOBRE SU VALOR DENTRO DEL PROCESO PENAL. Conteste marcando con X en la casilla correspondiente a su respuesta en el cuadro de sí o no.

2.1. Considera que el uso de las pruebas tecnológicas contribuyen a descubrir la verdad material en los procesos penales:

Sí ☐ No ☐

ANEXO No. 3- CUESTIONARIO APLICADO A LOS ABOGADOS LITIGANTES DEL CIRCUITO JUDICIAL DE COCLÉ.

UNIVERSIDAD DE PANAMÁ
Centro Regional Universitario de Veraguas
DIRECCIÓN DE INVESTIGACIÓN Y POSTGRADO
Santiago, Provincia de Veraguas
República de Panamá

Encuesta
ABOGADOS

FECHA: _____

El presente instrumento tiene el objetivo de recabar sus opiniones sobre el uso y valor probatorio de los modernos medios de prueba.
Agradecemos mucho su colaboración.

Lea cuidadosamente y conteste cada pregunta con la siguiente escala:

El número 1= Nunca, 2= Pocas veces, 3= Algunas veces, 4= Muchas Veces, 5= Siempre

1. USO DE LOS MODERNOS MEDIOS TECNOLÓGICOS DE PRUEBAS

1.1. Dentro de los procesos penales que tramita como abogado litigante, usa como medio de prueba **video filmaciones**:

1 ☐ 2 ☐ 3 ☐ 4 ☐ 5 ☐

1.2. Dentro de los procesos penales que tramita como abogado litigante, usa como medio de prueba **grabaciones sonoras**:

1 ☐ 2 ☐ 3 ☐ 4 ☐ 5 ☐

1.3. Dentro de los procesos penales que tramita como abogado litigante, usa como medio de prueba **archivos de datos**:

1 ☐ 2 ☐ 3 ☐ 4 ☐ 5 ☐

2. OPINIONES SOBRE SU VALOR DENTRO DEL PROCESO PENAL. Conteste marcando con X en la casilla correspondiente a su respuesta en el cuadro de sí o no.

2.1. Considera que el uso de las pruebas tecnológicas contribuyen a descubrir la verdad material en los procesos penales:

Sí ☐ No ☐

2.2. El uso de pruebas de los modernos medios tecnológicos está claramente regulado en el Código Judicial de Panamá libro III sobre procedimiento Penal:

Sí ☐ No ☐

2.3. Es necesario regular el uso de los modernos medios tecnológicos de prueba:

Sí ☐ No ☐

En caso de que su respuesta sea Sí la regulación se debe dar en cuanto a los siguientes aspectos. Seleccione el o los que considere necesarios:

Proposición ☐ Admisión ☐ Valoración ☐ Todos los aspectos ☐

2.4. Considera que los modernos medios tecnológicos de reproducción y archivo de datos, sonidos e imágenes son valorados por el juez penal al dictar sentencia.

☐ Sí ☐ No

Explique: _____
_____.

2.5. En qué tipo de delitos considera se pueden utilizar las pruebas tecnológicas de vídeo filmaciones, grabaciones sonoras y archivo de datos:

ANEXO No. 3- JURISPRUDENCIA SOBRE INTERVENCIONES TELEFÓNICAS

QUERRELLA CRIMINAL PRESENTADA POR EL LCDO. ALEXIS SINCLAIR PADILLA EN REPRESENTACION DE JACOBO LORENZO SALAS, CONTRA EL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION, POR LA PRESUNTA COMISION DEL DELITO DE ABUSO DE AUTORIDAD E INFRACCION DE LOS DEBERES DE LOS SERVIDORES PUBLICOS. PONENTE; JOSE A. TROYANO. PANAMA, DIECIOCHO (18) DE JULIO DE DOS MIL TRES (2003).

Tribunal: Corte Suprema de Justicia, Panamá

Sala: Pleno

Ponente: José A. Troyano

Fecha: 18 de Julio de 2003

Materia: Tribunal de Instancia

Sumarias en averiguación

Expediente: 561-02

VISTOS:

El Pleno de la Corte Suprema de Justicia, ha recibido procedente del Despacho de la señora Procuradora de la Administración, para la calificación legal del sumario, el expediente contentivo de la querella criminal presentada por el Licenciado ALEXIS SINCLAIR PADILLA en nombre y representación del Legislador de la República JACOBO LORENZO SALASDÍAZ, contra el Licenciado JOSÉ ANTONIO SOSA RODRÍGUEZ, en su condición de Procurador General de la Nación por la presunta infracción de las disposiciones legales contenidas en el Capítulo IV, Título X del Libro II del Código Penal, que versa específicamente sobre el delito de Abuso de Autoridad e Infracción de los Deberes de los Servidores Públicos.

Por razón de competencia funcional, corresponde al Pleno de la Corte conocer de los cargos imputados al señor Procurador General de la Nación, en atención a lo dispuesto por el artículo 86, numeral 2, literal b) del Código Judicial.

ANTECEDENTES RELACIONADOS CON LA QUERELLA

La presente investigación nace a la vida jurídica con la querella criminal presentada ante el Despacho de la Procuraduría de la Administración, el día 20 de marzo de 2002 por el Legislador de la República JACOBO LORENZO SALAS DÍAZ a través de su apoderado judicial, ALEXIS JAVIER SINCLAIR PADILLA, contra el señor Procurador General de la Nación, JOSÉ ANTONIO SOSA RODRÍGUEZ, por presunto responsable del ilícito penal contenido en el artículo 336 del Código Penal, es decir Abuso de Autoridad

RECOMENDACIONES

Analizado el tema de investigación, nos permitimos realizar las siguientes recomendaciones:

- Consideramos que con la evolución del mundo tecnológico, existen creaciones novedosas que podrán servir como instrumentos de prueba, por ello recomendamos que se promueva en el mundo jurídico y sobretodo en las investigaciones penales, la posibilidad de incorporar al proceso penal, “otros medios de pruebas”.
- La nueva tecnología - cintas magnetofónicas, vídeos filmaciones, documentos electrónicos- ha motivado la controversia en su utilización debido a la falta de una legislación que establezca con cierta rigurosidad científica, jurídica y coherente su uso. Por ello, consideramos necesario que se regulen los supuestos, las condiciones y límites en que estos medios de captación pueden ser utilizados sin conculcar derechos fundamentales (derecho a la intimidad y al honor) de las personas.
- En cuanto a las intervenciones telefónicas, al establecerse su regulación se debe tomar en cuenta la resolución del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del 30 de junio del 1998. En este sentido se recomienda que con el fin de garantizar el respeto a la vida privada y de la correspondencia, se deben cumplir requisitos: existir un mandamiento judicial y motivación; debe

2.2. El uso de pruebas de los modernos medios tecnológicos está claramente regulado en el Código Judicial de Panamá libro III sobre procedimiento Penal:

Sí ☐ No ☐

2.3. Es necesario regular el uso de los modernos medios tecnológicos de prueba:

Sí ☐ No ☐

En caso de que su respuesta sea Sí la regulación se debe dar en cuanto a los siguientes aspectos. Seleccione el o los que considere necesarios:

Proposición ☐ Admisión ☐ Valoración ☐ Todos los aspectos ☐

2.4. Considera que los modernos medios tecnológicos de reproducción y archivo de datos, sonidos e imágenes son valorados por el juez penal al dictar sentencia.

☐ Sí ☐ No

Explique: _____

e Infracción de los deberes de servidor público, que a la letra expresa textualmente lo siguiente:

"ARTÍCULO 336: El servidor público que, con abuso de su cargo ordene o cometa en perjuicio de alguna persona cualquier hecho arbitrario no clasificado especialmente en la ley penal, será sancionado con prisión de seis (6) a dieciocho (18) meses o de veinticinco (25) a setenta y cinco (75) días-multa."

Señala el querellante que tras la conferencia de prensa celebrada el día 16 de enero de 2002 en la que el Legislador de la República CARLOS AFÚ DECEREGA manifestó haber recibido la suma de seis mil Balboas (B/.6,000.00) para la aprobación del Contrato Ley entre el Estado y el Consorcio San Lorenzo que promocionaba la creación del Centro Multimodal de Colón (CEMIS), es por lo que el señor Procurador General de la Nación mediante providencia de 1 de febrero de 2002 ordena oficiar a todos los bancos de la localidad con el fin de que informen sobre la cuentas bancarias, depósitos a plazo fijo y cuentas cifradas que mantienen o hubiesen mantenido los setenta y un (71) Legisladores de la República. (Fs. 1 del expediente)

La querella presentada por el Legislador de la República JACOBO LORENZO SALAS DÍAZ a través su apoderado judicial tuvo como fundamento las siguientes consideraciones de hecho:

"Primero.- El señor JACOBO SALAS DÍAZ, es Legislador de la República de Panamá desde el día 1 de septiembre de 1999.

Segundo.- El señor JACOBO SALAS DÍAZ, no ha sido vinculado, indiciado, imputado, ni aparece mencionado en la carpeta penal que instruye el Ministerio Público.

Tercero.- El artículo 17 de (sic) Constitución Política de la República de Panamá, mandata a las autoridades el deber de proteger la vida, honra y bienes de los nacionales.

Cuarto.- El artículo 18 de la Carta Magna igualmente señala que los servidores públicos son responsables antes (sic) las autoridades por infracción de la Constitución, la ley y además por extralimitación de funciones o por omisión en el ejercicio de ésta.

Quinto.- El párrafo 2do. Al (sic) Artículo 22 de la Constitución garantiza la presunción de inocencia y el debido proceso.

Sexto.- El artículo 29 de nuestra carta fundamental asegura el derecho a la individualidad de la correspondencia y demás documentos privados y norma como se practicará el registro de papeles.

Séptimo.- El artículo 34 de esta excerta legal señala que en caso de infracción manifiesta de un precepto constitucional o legal, en detrimento de alguna persona, el mandato superior no exime de responsabilidad al agente que lo ejecute.

Octavo.- Con motivo de la orden impartida por el señor Procurador Lic. Sossa, se violaron flagrantemente estos dispositivos constitucionales y su regulación secundaria contenida en los artículos 1941, 1942, 1944, 1946, y otros.

Noveno.- La conducta que le imputamos como ilícita al Señor procurador General de la Nación y a los demás coparticipes consiste en que sin fundamento legal alguno ordenó y muy probablemente practicó en perjuicio del ciudadano JACOBO SALAS DIAZ, quien no tiene a la fecha causa criminal en investigación o por resolver judicialmente, una serie de diligencias sobre sus cuentas bancarias, depósito a plazo fijo y cuentas cifradas que mantiene o haya mantenido o donde aparezca como firmante.

Estas actuaciones son abusivas y vulneran el deber consagrado en nuestra Constitución y leyes secundarias de preservar la honra e inviolabilidad de los documentos privados de los asociados, ya que, no existió, ni existe jurídicamente hablando sustento para el inicio de una investigación sumarial en contra del querellante.

Bien sabe el agente instructor en esta causa los límites que dicta la legislación (Constitucional, Código Penal, Judicial, Legislación Bancaria) a los intentos para indagar en tal forma a un ciudadano.

En la actividad desplegada por el Ministerio Público se aprecia que uno o varios funcionarios públicos en perjuicio de Jacobo Salas, le investigaron en pleno conocimiento que no estaba vinculado, etc. en investigación o proceso penal alguno seguido en el territorio nacional."(Ver fs.2 y 3 del expediente)

No obstante, como prueba sumaria de la querella, el querellante aportó copia autenticada de la resolución de 1 de febrero de 2002 emanada de la Procuraduría General de la Nación y copia autenticada de una de las notas enviadas a los bancos del país, además de que solicitó el inicio de la investigación a efecto de que en el momento procesal oportuno se imponga la responsabilidad penal que corresponda. (Fs. 4 a 8 del expediente)

APERTURA DE LA INVESTIGACIÓN Y DILIGENCIAS PRACTICADAS

Siguiendo el trámite legal que viene establecido en los artículos 2031 y 2032 del Código Judicial para este tipo de procesos, y de conformidad con lo normado en el numeral 8 del artículo 5 de la Ley N° 38 de 31 de julio de 2002, la Procuraduría de la Administración mediante la providencia cabeza de proceso de 1 de abril de 2002 admitió la querella formalizada por el apoderado judicial del Legislador de la República JACOBO LORENZO SALAS DÍAZ; declaró abierta la investigación y ordenó la práctica de todas las diligencias necesarias para el total esclarecimiento de los hechos denunciados. (Fs. 11 y 12 del expediente)

Luego de declarar abierta la investigación, la Procuradora de la Administración dispuso en primer término recibir declaración por medio de certificación jurada, al Licenciado JOSÉ ANTONIO SOSA RODRÍGUEZ, con fundamento en el artículo 2106 del Código Judicial.

Posteriormente, mediante providencia de 3 de mayo de 2002, visible de fojas 169 a 171, la Procuradora de la Administración accedió a la práctica de las pruebas solicitadas por la parte querellante, consistente en recibirles declaración por medio de certificación jurada a los Legisladores de la República, quienes al serles remitidos los cuestionarios lo respondieron dentro del término legal de setenta y dos (72) horas, tal como se aprecia de fojas 175 a 253 del presente sumario.

Asimismo, consta de fojas 182 a 183 del expediente, la declaración jurada rendida por el señor JOSEPH MARTÍN RODÍN y de fojas 184 a 185 la declaración jurada del señor STHEPEN PETER JONES, diligencias éstas en la que participó el Licenciado ALEXIS SINCLAIR PADILLA.

Finalmente, se acopió la declaración jurada del señor MARTÍN TORRIJOS ESPINO, la que se puede leer de fojas 255 a 256 del expediente sumarial.

DESCARGOS PRESENTADOS POR EL FUNCIONARIO QUERELLADO, LICENCIADO

JOSÉ ANTONIO SOSA RODRÍGUEZ

Dentro de las atribuciones que le otorga el numeral 8 del artículo 5 de la Ley N° 38 de 31 de julio de 2000, la señora Procuradora de la Administración dispuso recibir declaración por medio de certificación jurada al señor Procurador General de la Nación, mediante providencia de 8 de abril de 2002, consultable a folio 13 de las sumarias.

En cumplimiento de la providencia anterior, el señor Procurador General de la Nación contestó el traslado del cuestionario remitido por la señora Procuradora de la Administración y adjuntó al mismo, copia de la providencia cabeza de proceso dictada por ese despacho de fecha 17 de enero de 2002; copia autenticada de la declaración indagatoria de CARLOS AFÚ DECEREGA; transcripción de la declaración dada por éste ante los medios de comunicación social; declaración del legislador TOMÁS GABRIEL ALTAMIRANO DUQUE; providencia de indagatoria de STEPHEN PETER JONES y JOSEPH MARTÍN RODIN; la resolución donde se ordena la detención de STEPHEN PETER JONES; las fianzas de excarcelación por un millón de balboas (B/.1,000,000.00), que fueran consignadas por parte de los dos empresarios en torno al delito investigado, los oficios DPG-021-2002 y PGN-SG-233-02 del 27 de febrero y 3 de abril de 2002 respectivamente, que fueron remitidos a la Asamblea Legislativa para que se surtiera el trámite del levantamiento de la inmunidad a los legisladores y cuadernillo de prueba L 1 folio 707 a 711.(Cfr. fs. 18 a 159 del expediente)

Prevía a la contestación del cuestionario remitido por la señora Procuradora de la Administración, el funcionario querellado se refirió en primer término a la exigencia de la prueba sumaria en el proceso, indicando que la copia autenticada de la Resolución de 1 de febrero de 2002, emanada de la Procuraduría General de la Nación, la copia autenticada de una de las notas enviadas a los bancos del país así como el expediente contentivo de las denuncias de los legisladores CARLOS AFÚ y BALBINA HERRERA, son documentos que de manera alguna no reúnen los requerimientos que exige la ley y la jurisprudencia para ser tenidos como prueba sumaria de lo que se querella.

Que dichas pruebas aportadas por el querellante no tienen el carácter o idoneidad de prueba sumaria, que acrediten la comisión de ningún delito, por lo que en este caso a su juicio, no se debió admitir la querella presentada en su contra.

En los descargos realizados por el señor Procurador General de la Nación, el Pleno se referirá a los puntos medulares del mismo:

"4. En lo concerniente a la cuarta pregunta, contestó lo siguiente: el 17 de enero de 2002, la Procuraduría General de la Nación, inició de oficio la instrucción del sumario por la posible comisión de delito contra la administración pública, concretamente por el ilícito de corrupción, ocurrido en la Asamblea Legislativa. Esto se decidió así, debido a las declaraciones que ante distintos medios de comunicación hiciera el Legislador CARLOS AFÚ DECEREGA, las que se dieron el 16 de enero de 2002, y donde admitió públicamente

haber recibido la suma de seis mil balboas (b/.6,000.00), como adelanto de un total de veinte mil balboas (b/.20,000.00), como pago por la aprobación del contrato-ley entre el Estado y el Consorcio San Lorenzo, para la creación del CENTRO MULTIMODAL E INDUSTRIAL Y DE SERVICIOS (CEMIS), ubicado en colón. En esta conferencia de prensa el Legislador AFU manifestó que además de su persona, otros legisladores también recibieron o recibirían dinero por la aprobación del contrato-ley antes citado...(Lo resaltado es del Pleno).

Posteriormente, ya iniciado el sumario al rendir su declaración indagatoria el legislador CARLOS AFU DECEREGA, reitera lo expresado ante los medios de comunicación, en el sentido de que los seis mil balboas (B/.6,000.00) se los entregó, el también legislador, MATEO CASTILLERO y que al darle esto, le hizo saber que todos los legisladores del Partido Revolucionario Democrático, recibirían dinero.

Tales afirmaciones son las que llevaron a la Procuraduría General de la Nación, a tomar entre otras medidas, girar oficios a los diversos bancos de la localidad, con miras a que se nos informara sobre las 'cuentas bancarias, depósitos a plazo fijo y cuentas cifradas que mantienen o hayan mantenido o donde aparezcan como firmantes los 71 legisladores de la República'

De manera que y respondiendo en concreto la pregunta formulada, la decisión de investigar las cuentas de que trata la Providencia de 1 de febrero de 2002, alcanza a todos los legisladores que integran la actual Asamblea Legislativa y que desde luego al ser legislador JACOBO LORENZO SALAS DÍAZ, sus cuentas fueron también motivo de investigación, debido a los hechos ya aludidos; además que para la fecha en que esto se dispuso, no gozaban de inmunidad parlamentaria, por lo que no se requería autorización para investigarlos...(Cfr. Fs. 24 a 26 del expediente)

Concluye el funcionario querellado que en base a los planteamientos anotados, resulta claro que no se dan los presupuestos legales mínimos que exige nuestro Código Judicial, para la procedibilidad de la presente querella que suscribiera JACOBO LORENZO SALAS DÍAZ en su contra, por el presunto delito de abuso de autoridad de los deberes de los servidores públicos, toda vez que no se incorporó la prueba sumaria y de que además su gestión investigativa en torno a los legisladores se hizo en apego al ordenamiento legal y por existir las evidencias suficientes para tal fin. Por tanto, solicitó el archivo del expediente por falta de prueba sumaria y porque su actuación no constituye delito alguno.

OPINIÓN DE LA PROCURADORA DE LA ADMINISTRACIÓN

La Procuradora de la Administración mediante Vista Fiscal N° 357 de 24 de julio de 2002, solicita al Pleno de esta Corporación de Justicia que debe dictarse un SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO de carácter objetivo e impersonal en favor del Licenciado JOSÉ ANTONIO SOSA RODRÍGUEZ, con fundamento en el numeral 2 del artículo 2207 del Código Judicial.

Sostiene la señora Procuradora que tanto el cuestionario absuelto como el resto del caudal probatorio recabado, permiten colegir que la conducta desplegada por el representante del Ministerio Público, no constituye delito alguno, pues en todo momento estuvo enmarcada dentro de las claras atribuciones que le señalan las normas de la Constitución Nacional, como es el caso de los numerales 3 y 4, del artículo 217, que le impone la obligación de vigilar la conducta oficial de los funcionarios y cuidar que todos desempeñen cumplidamente sus deberes, así como perseguir los delitos y contravenciones de disposiciones constitucionales o legales.

Afirma que por tanto, la actuación del querellado carece de los elementos antijuricidad, tipicidad y culpabilidad; presupuestos esenciales para que una conducta pueda ser considerada como delito.

Finalmente, la señora Procuradora concluye que al no haberse acreditado la existencia de actos abusivos por parte del Procurador General de la Nación, en cuanto a extralimitación en el ejercicio de sus funciones, al no existir la prueba sumaria de la comisión de este delito, lo procedente es archivar la investigación, tal como lo dispone el artículo 2467 del Código Judicial, así como reitera que se dicte un sobreseimiento definitivo de carácter objetivo e impersonal en favor del Licenciado JOSÉ ANTONIO SOSA RODRÍGUEZ, con fundamento en el numeral 2 del artículo 2207 del Código Judicial.

CONSIDERACIONES Y DECISIÓN DEL PLENO

En esta etapa procesal, una vez examinados los hechos alegados por el querellante, así como la Vista Fiscal rendida por la funcionaria de instrucción, le corresponde al Pleno de la Corte Suprema de Justicia pronunciarse sobre el mérito legal de las presentes sumarias, a fin de determinar la eficacia de los elementos de prueba aportados en relación con la conducta punible que se le atribuye al señor Procurador General de la Nación.

En primer lugar, se observa que la conducta punible que se le endilga al funcionario querellado es la que establece el Capítulo IV, Título X del Libro II del Código Penal, específicamente el artículo 336 que contempla el delito al abuso de autoridad e infracciones de los deberes de servidores públicos, tipo penal que según los términos del artículo 2464 del Código Judicial, coloca el negocio entre los procesos especiales contra los servidores públicos, de donde se sigue la exigencia del artículo 2467 *ibidem*.

Ahora bien y como quiera que estamos en presencia de un proceso especial contra un servidor público, se hace necesario examinar con especial atención los elementos probatorios aportados por la parte querellante, a fin de detectar si las mismas revisten la calidad de prueba sumaria, entendiéndose como tal, aquella que posea eficacia, idoneidad y capacidad probatoria suficientes para demostrar la acción antijurídica que se le está endilgando al funcionario querellado.

En el escrito de formalización de la querella, consta que el querellante aportó como prueba sumaria de su relato, los siguientes documentos: a) Copia autenticada de la resolución de 1 de febrero de 2002 emanada de la Procuraduría General de la Nación; b)

Copia autenticada de una de las notas enviadas por el señor Procurador General de la Nación a uno de los bancos de la localidad.

Al analizar el contenido de las pruebas documentales aportadas por el querellante, el Pleno advierte que de las mismas no se infiere la comisión del hecho delictivo que se le imputa al señor Procurador General de la Nación, toda vez que nos hemos podido percatar que dichas pruebas recogen las actuaciones procesales desplegadas por el funcionario querellado, precisamente en cumplimiento de su deber como máximo representante de la sociedad, dentro de la instrucción del sumario, por un delito Contra la Administración Pública que fue denunciado de manera pública ante diferentes medios de comunicación.

Atinado resulta entonces citar el fallo de la Sala Segunda de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, de 26 de agosto de 1994, que en cuanto a la naturaleza de la prueba sumaria expresó lo siguiente:

"Acompañar la prueba sumaria no se refiere a presentar una cantidad de documentos sólo para satisfacer el requisito de prueba sumaria. Los medios probatorios que se deben acompañar con la denuncia o la acusación **deben ser lo suficientemente elocuentes que por sí solos acrediten el hecho punible que se le imputa al denunciado**, es decir, que deben ser idóneos."(Lo resaltado es del Pleno)

Visto el precedente antes citado, es criterio de esta Superioridad que los documentos aportados por el querellante no reúnen los requisitos de idoneidad para comprobar el hecho punible que en su calidad de servidor público se le imputa al señor Procurador General de la Nación, por lo que de conformidad con lo establecido en el artículo 2467 del Código Judicial, tales pruebas carecen de eficacia jurídica.

Ahora bien, al adentrarnos al fondo de la controversia se observa que la conducta antijurídica imputada al señor Procurador General de la Nación se encuentra descrita, como ya señaláramos anteriormente, en el artículo 336 del Código Penal, que a la expresa lo siguiente:

"ARTÍCULO 336: El servidor público que, con abuso de su cargo ordene o cometa en perjuicio de alguna persona cualquier hecho arbitrario no clasificado especialmente en la ley penal, será sancionado con prisión de 6 a 18 meses o de 25 a 75 días-multa."

De acuerdo con la estructura de este tipo penal, el sujeto activo debe ser calificado: un servidor público en ejercicio de sus funciones. En cuanto al elemento nuclear del tipo, tenemos que el delito de abuso de autoridad presupone una acción, en este caso expresada por los verbos rectores ordenar y cometer. En cuanto a la acción de ordenar, implica dictar, por escrito o verbalmente, un acto arbitrario, mientras que cometer implica la realización material o la ejecución de una medida contraria a derecho.

En el caso que nos ocupa, el Procurador General de la Nación como los demás integrantes del Ministerio Público, tienen el deber constitucional de "Vigilar la conducta oficial de los servidores públicos y perseguir los delitos y contravenciones de disposiciones constitucionales o legales". (Ver artículo 217 numeral 3 y 4 de la C.N.). Bajo esta premisa, no puede considerarse que el querellado haya incurrido en una conducta arbitraria no clasificada especialmente en la ley penal, pues no se desprende de la investigación realizada por la señora Procuradora de la Administración y de los elementos de convicción obrantes en el proceso, que el funcionario querellado haya realizado actuación procesal alguna que rebase las facultades que la ley penal o la Constitución le confieren para el correcto desempeño de su misión, dirigida a investigar, en virtud de denuncia, a los legisladores de la República quienes ostentan la calidad de servidores públicos.

No obstante, se advierte que el delito de abuso de autoridad e infracción de los deberes de servidor público contemplado en el Capítulo IV, Título X del Libro II del Código Penal hacen punible, en términos generales, las actuaciones de los funcionarios cuando éstos no se ajusten a la Constitución o a la Ley, es decir, al actuar de un modo prohibido por la ley, o no actuar cuando la ley lo obliga a hacerlo.

De allí, entonces, que es atinado el criterio de la Procuradora de la Administración en el sentido de que de no haber procedido el señor Procurador General de la Nación a realizar la presente investigación, luego de las declaraciones públicas efectuadas en conferencia de prensa por el legislador CARLOS AFU DECEREGA, entonces si hubiera infringido lo dispuesto en los numerales 3, 4 y 5 del artículo 347 del Código Judicial y el artículo 338 del Código Penal, que a la letra expresan respectivamente lo siguiente:

CÓDIGO JUDICIAL

"ARTÍCULO 347: Corresponde a todos los agentes del Ministerio Público las siguientes funciones:

1....

2....

3.Vigilar la conducta oficial de los servidores público, y cuidar que todos desempeñen cumplidamente sus deberes públicos, para lo cual practicarán las diligencias que sean necesarias, de oficio o a solicitud de parte interesada;

4.Investigar las contravenciones de disposiciones constitucionales o legales y ejercitar las acciones correspondientes;

5.Perseguir e investigar los delitos, ejerciendo las acciones derivadas de ellos ante los juzgados y tribunales en que actúen.

Asimismo, intervendrán en la tramitación de los sumarios, en la forma como establece en este Código..."

CÓDIGO PENAL

"ARTÍCULO 338: El servidor público que indebidamente rehúse, omita o retarde algún acto inherente a sus funciones, será sancionado con 25 a 100 días-multa, siempre que tal hecho no tenga señalada otra pena por disposición especial."

En tal sentido, el Pleno de esta Corporación de Justicia coincide con la opinión de la señora Procuradora de la Administración en cuanto a que la conducta del funcionario querrellado no constituye delito alguno; que su actuación se limitó al estricto cumplimiento de su función constitucionalmente establecida, de perseguir e investigar los delitos y contravenciones de disposiciones constitucionales y legales.

En un mismo orden de ideas, es de trascendencia recordar que el Ministerio Público es el más importante colaborador en la búsqueda de la verdad material dentro la investigación penal, por ello ante la seriedad o gravedad de las declaraciones públicas realizadas por el legislador CARLOS AFU DECEREGA, a través de los medios de comunicación social, era su deber como en efecto lo hizo, iniciar la investigación, practicando y aportando las pruebas conducentes al esclarecimiento de los hechos afirmados y al descubrimiento de quienes resultaren ser los verdaderos autores o cómplices del delito denunciado.

El autor panameño ADOLFO MONTERO STANZIOLA, en su libro titulado "Derecho Procesal Penal", al referirse a las funciones del Ministerio Público en el Proceso Penal señaló lo siguiente:

"En el proceso penal, el Ministerio Público cumple una función determinante como representante de la sociedad y ejerce una potestad exclusiva del Estado, pues interviene obligatoriamente en todos los procesos criminales y sus funcionarios actúan en procura de una correcta administración de justicia, ya sea ejercitando la acción penal en la persecución de los delitos, ya sea colaborando con el Juez en los procesos, acusando a las personas que consideren responsables de los hechos delictuosos o defendiendo a los inocentes que han sido vinculados a los procesos. Su función no es acusadora exclusivamente; puede ser también defensiva, pero siempre en procura de la justicia mediante el debido proceso." (MONTERO STANZIOLA, Adolfo, "DERECHO

PROCESAL PENAL", Volumen I, Parte General, El Sumario, Panamá, República de Panamá, 1994. Pág. 57-58)

Las anteriores apreciaciones tienen claro sustento jurídico en la Constitución como ya ha sido señalado en la presente resolución, así como también en la Ley que le impone a los agentes del Ministerio Público el deber ineludible de iniciar la investigación cuando por

cualquier medio lleguen a su conocimiento la noticia de la comisión de un delito, tal cual lo señala el artículo 1992 del Código Judicial, cuyo texto transcribimos a continuación:

"ARTÍCULO 1992: Cuando un agente del Ministerio Público tenga noticia, por cualquier medio, que en territorio donde ejerce sus funciones se ha cometido un delito, deberá iniciar, de inmediato, la investigación sumaria respectiva, a no ser que se trate de delito que exija querrela para la iniciación del sumario."

No obstante lo anteriormente expuesto, si bien el Ministerio Público desempeña funciones determinantes como Representante de la Sociedad, consistentes en perseguir e investigar los delitos y contravenciones que turben el orden social, y que el mismo no puede ser despojado de dichas funciones por consistir estas en una garantía para el conglomerado, lo que le otorga a las mismas, como ya ha dicho la Corte, las características de ser pública, obligatorias e irrenunciables, el Pleno considera necesario aclarar que no obstante ello, estas funciones constitucionales y legales no son ilimitadas y absolutas, es decir, que tienen sus excepciones y así lo ha reconocido también la Corte en repetidas ocasiones, en resguardo principalmente de derechos fundamentales tutelados por la Constitución en favor de particulares y funcionarios públicos, cuando es el caso.

En este sentido, en vía de excepción a las amplias facultades del Ministerio Público, tenemos por ejemplo las investigaciones relacionadas con las intervenciones telefónicas privadas contempladas en el artículo 29 de la Constitución Nacional y las posibles violaciones que al derecho a la intimidad se pueda producir al investigarse un delito, el Pleno mediante sentencia de 6 de octubre de 1998 y 11 de noviembre de 1999, dejó sentado que la autoridad competente (entiéndase agente del Ministerio Público), no goza de facultades investigativas absolutas desde el momento en que le señaló que para llevarlas a cabo se requiere cumplir ciertas condiciones y requisitos previos, señalándose los siguientes:

- a-. Que la injerencia se encuentre prevista en la ley y el acto esté revestido de formalidades legales,
- b)- Que lo autorice la autoridad competente,
- c)- El deber de especificar claramente su propósito,
- d)- Guardar absoluta reserva sobre los aspectos distintos al objetivo de la filmación o grabación de la conversación o comunicación telefónica, según el caso,
- e)- Que existan serios y graves indicios de la comisión de un delito,
- y;
- f)- Que se trate de un delito grave.

A manera de conclusión podemos afirmar entonces, que en nuestro país el derecho a la intimidad comprendido en el mencionado artículo 29 de la Constitución Nacional, relativo a la inviolabilidad de la correspondencia y las comunicaciones telefónicas privadas, pueden ser objeto de limitaciones en el transcurso de la investigación de los delitos, pero

ello sólo es posible como un recurso excepcional para obtener fuentes de prueba en el que las actuaciones de la autoridad competente deben quedar supeditada a un control efectivo, que se traduce en los presupuestos que debe observar, como los señalados anteriormente, para no sacrificar derechos fundamentales.

Otra limitante a la facultad otorgada al Ministerio Público para investigar los delitos y que guarda estrecha relación con el presente caso, es la que se establece en torno a la inmunidad parlamentaria que ampara a quienes ostenten el cargo de legislador de la República, contenida en el artículo 149 de la Constitución Nacional.

Señala la norma contenida en el artículo 149 constitucional, lo siguiente:

"ARTÍCULO 149: Cinco días antes del período de cada legislatura, durante ésta y hasta cinco días después, los miembros de la Asamblea Legislativa gozarán de inmunidad. En dicho período no podrán ser perseguidos ni detenidos por causas penales o policivas, sin previa autorización de la Asamblea Legislativa.

Esta inmunidad no surte efecto cuando el Legislador renuncie a la misma o en caso de flagrante delito.

El Legislador podrá ser demandado civilmente, pero no podrán decretarse secuestros u otras medidas cautelares sobre su patrimonio, desde el día de su elección hasta el vencimiento de su período."

Como se puede apreciar, la Constitución Nacional reconoce, en principio, la inmunidad de los miembros de la Asamblea Legislativa durante el período descrito en la norma transcrita, por lo que mientras se encuentren gozando de la referida prerrogativa no podrán ser perseguidos o detenidos por causas penales o policivas, salvo que hubieren renunciado voluntariamente a su inmunidad, que se trate de flagrante delito o que la Asamblea hubiere autorizado el levantamiento de la inmunidad. El mencionado artículo 149 constitucional requiere autorización legislativa para perseguir o detener a un legislador, salvo las excepciones que la misma norma señala. (Cfr. Sentencia del Pleno de 4 de abril de 2003)

En el caso en particular que nos ocupa, hemos de advertir que la excepción señalada anteriormente no es aplicable ya que para el día 1 de febrero de 2002, fecha en que el Ministerio Público dispuso investigar las cuentas bancarias de todos los legisladores, incluyendo las del Legislador JACOBO LORENZO SALAS DÍAZ, éstos no gozaban de inmunidad parlamentaria, por lo que no era necesario que el señor Procurador General de la Nación solicitara autorización para investigarlos.

No obstante, al adquirir los legisladores nuevamente su inmunidad el día 22 de enero de 2002, el señor Procurador General de la Nación, mediante Nota N° DPG-021-2002 de 27 de febrero de 2002 solicitó al Pleno de la Asamblea Legislativa el levantamiento de la inmunidad parlamentaria de los legisladores de la República, en atención a lo establecido

en el artículo 214 del Reglamento Interno de dicho Órgano del Estado, y así continuar con la instrucción del sumario, por el delito Contra la Administración Pública, tal como consta de fojas 141 a 145 del cuadernillo de la querella.

Finalmente, el Pleno considera importante dejar aclarado, por los efectos jurídicos penales que los conceptos encierran, que lo investigado por el señor Procurador General de la Nación, lo fue dentro de lo que se conoce como un "Sumario en Averiguación" por hechos públicos denunciados que involucran a miembros del Órgano Legislativo, sin que dicha investigación le otorgue a todas las personas que fueron objeto de la misma, la condición de imputado para los efectos de la Ley Penal.

Por las consideraciones que se dejan expuestas, queda claro, entonces, que el funcionario querrellado cumplió con el procedimiento legal establecido para investigar a los miembros de la Asamblea Legislativa.

De allí, pues, que el Pleno de la Corte concluye que la actuación del señor Procurador General de la Nación se enmarcó dentro de claras facultades legales que le confieren las normas de la Constitución Nacional, y como quiera que las pruebas aportadas por el querellante no permiten comprobar ni directa ni indirectamente la conducta ilícita que se le atribuye, estima conveniente acceder a la solicitud de la Procuradora de la Administración, en el sentido de dictar un sobreseimiento definitivo de carácter objetivo e impersonal a lo que procede, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 2207, numeral 2 del Código Judicial.

En consecuencia, LA CORTE SUPREMA, PLENO, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, SOBRESEE DEFINITIVAMENTE de manera objetiva e impersonal al señor Procurador General de la Nación, JOSÉ ANTONIO SOSA RODRÍGUEZ, por la presunta infracción de las disposiciones legales contenidas en el Capítulo IV, Título X del Libro II del Código Penal, que contempla el delito de Abuso de Autoridad e Infracción de los Deberes de Servidor Público.

Cópiese y Notifíquese.

JOSÉ A. TROYANO ADÁN ARNULFO ARJONA L. - VIRGILIO TRUJILLO L. --
GRACIELA J. DIXON C. -- ROGELIO A. FÁBREGA ZARAK -- ARTURO HOYOS --
CÉSAR PEREIRA BURGOS (Con Salvamento de Voto) -- ANÍBAL SALAS CÉSPEDES
-- WINSTON SPADAFORA FRANCO Con Salvamento de Voto)

CARLOS H. CUESTAS G. (Secretario)

SALVAMENTO DE VOTO DE

WINSTON SPADAFORA FRANCO CÉSAR PEREIRA BURGOS

No compartimos la decisión jurisdiccional adoptada por la mayoría de los Magistrados que integran el Pleno de esta Corporación de Justicia en el expediente iniciado el 20 de marzo de 2002, por la querella presentada por el ciudadano Jacobo Salas Díaz en contra del licenciado José Antonio Sosa Rodríguez, en su condición de Procurador General de la Nación, por la comisión del delito de abuso de autoridad e infracción de los deberes de servidor público.

Consideramos oportuno y necesario exponer de manera amplia nuestra disidencia con la medida jurisdiccional, a lo que se procede.

La querella tiene su base en los hechos ocurridos en una conferencia de prensa celebrada el 16 de enero de 2002, en la que Carlos Afú expresó que había recibido seis mil balboas (B/6.000.00) para la aprobación del Contrato Ley entre el Estado y el Consorcio San Lorenzo que promocionaba el Centro Multimodal de la ciudad de Colón (CEMIS), y lo que propició que el 1 de febrero de 2002, el Procurador General de la Nación ordenó oficiar a todos los Bancos de la localidad que informaran sobre cuentas cifradas, depósitos a plazo fijo, y cuentas bancarias que mantienen o hubiesen mantenido los 71 legisladores de la República.

De acuerdo a Jacobo Salas Díaz, la orden impartida por el Procurador General de la Nación le ocasionó un perjuicio, toda vez que fue investigado sin estar vinculado a algún proceso penal, lo cual constituye una actuación abusiva que soslaya los dictados de los artículos 22, 29 y 34 de la Constitución Nacional y los artículos 1941, 1942, 1944, 1946 del Código Judicial.

Como prueba sumaria de su relato, el querellante adjuntó al libelo de formalización copia autenticada de la resolución de 1 de febrero de 2002, emitida por la Procuraduría General de la Nación y copia autenticada de una de las notas enviadas por el Procurador General a uno de los bancos de la localidad .

Cabe destacar que mediante providencia de 1 de abril de 2002, la Procuraduría de la Administración admitió la querella formalizada por el apoderado judicial del honorable legislador Jacobo Salas, declaró abierta la investigación y ordenó la realización de todas las diligencias necesarias para el esclarecimiento de los hechos . Esa actuación implicaba que el querellante había cumplido con el requisito procedimental para iniciar una investigación por la comisión de delitos contra la administración pública, es decir, que era idónea la prueba sumaria. Queda claro que tras esa etapa de admisibilidad, la Procuradora de la Administración reconoció que el querellante había presentado un medio probatorio idóneo "suficientemente elocuentes que por sí solos acrediten el hecho punible".

Esta vez, analicemos la prueba sumaria a través del Pleno de la Corte Suprema mediante resolución de 19 de noviembre de 1999, cuando dijo:

"La Corte Suprema de Justicia, a través de la Sala Segunda de lo Penal, ha tenido oportunidad de pronunciarse en numerosas ocasiones, en torno a lo que debe entenderse como prueba sumaria para los efectos de acreditar un hecho

punible... prueba sumaria es aquella que goza de la efectividad e idoneidad suficiente para acreditar el hecho punible que se atribuye a la parte denunciante. El Pleno advierte que efectivamente, todos los pronunciamientos de la Corte son uniformes en el sentido de que los medios probatorios (prueba sumaria) que acompañen una denuncia han de ser concluyentes, de forma tal que por sí mismos acrediten el hecho punible atribuido, y este condicionamiento es el que concede la idoneidad y eficacia probatoria que hace sostenible la denuncia y viable la instrucción de sumarias en averiguación."

Todo ello nos lleva a una conclusión. Que al admitir la querella durante la instrucción sumarial se reconocía que se cumplían con la exigencia primordial para este tipo de procesos contra servidores públicos, como es la efectividad e idoneidad de la prueba sumaria para acreditar el hecho punible, según se desprende del artículo 2467 del Código Judicial.

Por eso, a nuestro juicio, resulta débil el argumento de la mayoría del Pleno de la Corte Suprema de adoptar la tesis que el querellante no aportó la prueba sumaria.

Al rendir declaración, el Procurador General de la Nación expresó que el fundamento de hecho para justificar la emisión de la providencia de 1 de febrero de 2002, fueron las declaraciones que Carlos Afú divulgó ante los medios de comunicación en el sentido que había recibido dinero para aprobar el proyecto del contrato-ley para la concesión del Centro Multimodal e Industrial y de Servicios (CEMIS), y en la declaración indagatoria rendida por Afú en la que el sumariado expresó que había dinero para entregarles a "treinta y cuatro legisladores" y porque manifestó que había "un apoyo a los legisladores" para la aprobación del contrato-ley del CEMIS (f.27). Y más adelante, el Procurador General de la Nación agrega que "Como se aprecia, desde un inicio el legislador AFU hace declaraciones en la que señala que... se había entregado o se estaba o se iría a entregar dinero y que ello incluía a los legisladores, sin especificar, pero a la vez, sin excluir alguno de éstos" . En ese orden de ideas, el Procurador General señala que las manifestaciones de Afú "deja entrever la presunta conducta ilícita que se dio dentro del hemiciclo legislativo, en donde resultan seriamente cuestionados legisladores de la República lo que motiva en principio una investigación en torno a todos y cada uno de éstos... es por lo que se consideró que la investigación debía hacerse sin excluir a ninguno de los miembros de la Asamblea Legislativa" .

En otra parte de su declaración, el Procurador General de la Nación sustenta la providencia de 1 de febrero de 2002 con la deposición de Tomás Gabriel Altamirano Duque realizada el 18 de enero de 2002, quien expresó que había escuchado que se ofrecía alguna gratificación en dinero por la aprobación del contrato del CEMIS . También destaca el Procurador General de la Nación que con base en la providencia de 1 de febrero de 2002, se enviaron notas a todas las instituciones bancarias, "sólo por el periodo comprendido entre los meses de septiembre del 2001 y enero del 2002, es decir, cuando estuvo en discusión el contrato-ley del CENTRO MULTIMODAL E INDUSTRIAL Y DE SERVICIOS

(CEMIS), lo que claramente evidencia que la medida adoptada en la citada providencia tenía un objetivo claro y obviamente lícito, como lo es el de descartar la posible vinculación de algún legislador con el hecho doloso investigado"

Agrega el Procurador General de la Nación que "producto de los hechos investigados a la fecha, han resultado indagados dos (2) legisladores de la República, CARLOS AFU DECEREGA y MATEO CASTILLERO...".

El Procurador General sustenta la juridicidad de la providencia de 1 febrero de 2002, con la libreta que fue hallada dentro de la oficina de Joseph Martin Rodin y Stephen Peter Jones en la cual "se observa en manuscrito... nombres de legisladores, sumas numéricas que podrían totalizar la cantidad de legisladores, como también se advierte la existencia de (2) *Others* en el listado de legisladores mencionados, cuyos nombres son desconocidos, además se establecen algunas cantidades con el signo de dólar (\$), lo que evidentemente reafirma que las actuaciones investigativas que se hicieron desde el inicio, eran de vital importancia y en apego a nuestro procedimiento legal que contribuirá a determinar la participación o no de los legisladores en los actos de corrupción"

Ahora bien, el Procurador General de la Nación, mediante la providencia de 1 de febrero de 2002, ordenó que se investigaran las cuentas bancarias de todos los legisladores de la República con base en la declaración indagatoria de Carlos Afú y la declaración jurada de Tomás Gabriel Altamirano Duque. Pero al examinar en detalle esas deposiciones, de ninguna de ellas se desprende, aún de manera indiciaria, que existía un señalamiento en contra del legislador Jacobo Salas Díaz en el sentido que tenía relación con propuestas o aceptación de dineros para que aprobara el contrato-ley del CEMIS. Ninguna de esas pruebas mencionan el nombre del legislador Jacobo Salas.

Los suscritos Magistrados también pudimos apreciar que en el expediente hubo una gran cantidad de declaraciones juradas rendidas por Legisladores de la República que ilustran sobre la actuación del legislador Jacobo Salas durante la aprobación del Contrato-Ley del CEMIS. Así tenemos las declaraciones de Lenin Sucre (f.17) Marcos González (f.177), Susana Richa de Torrijos (f.179), Andrés Vega (f.180), Héctor Aparicio (f.181), Alcibiades Vasquez Velásquez (f.188), Rubén De León Sánchez (f.190), Wigberto Quintero (f.193), Olivia de Pomares (f.194), Elías Castillo (f. 197), Mateo Castillero (f. 198), Elpidio González (f.200), Sergio Gálvez (f.203), Jorge Alberto Rosas (f.208-209).Carlos Afú (f.211). Héctor Alemán (f.216) César Pardo (f.217) Freidi Martín Torres Díaz (f.222),Ogalina de Quijada (f.223) Arturo Araúz (f.224), Edwin Aizpurúa (f. 225), Osman Gómez 8f.228),Hirsnel Sucre (f.230), Rubén Arosemena Valdés (f.234), Teresita Yáñez de Arias (f.235), Marco Ameglio (f.238), Miguel Bush Ríos (f.241), José Luis Varela (f.244),Enrique Montezuma Moreno (f.246) Felipe Cano González (f.24)Arcelio Batista Rivera (f.250), Carlos Alvarado (f.257)

Todos los deponentes coincidieron en expresar que no les consta que Jacobo Salas recibiese pagos ,dádivas, gratificaciones, prebendas por sus actuaciones como legislador de la República o por la emisión de su voto en la aprobación del contrato-ley del Centro Multimodal, Industrial y de Servicio (CEMIS).

El expediente permite apreciar las declaraciones juradas de Joseph Martin Rodin (f.182), Stephen Peter Jones (f.184), quienes coinciden en manifestar que, primero, no conocen quien es Jacobo Salas, y, segundo, que no le consta que recibió pagos, dádivas, gratificaciones, prebendas por sus actuaciones como legislador de la República o por la emisión de su voto en la aprobación del contrato-ley del Centro Multimodal, Industrial y de Servicio (CEMIS).

Como se puede apreciar, al momento de dictar la providencia de 1 de febrero de 2002, el Procurador General de la Nación carecía de prueba alguna, por lo menos indiciaria, que estableciera que el legislador Jacobo Salas estaba relacionado con los hechos divulgados por el legislador Afú.

En adición, las pruebas que el Procurador General de la Nación receiptó tras dictada la providencia de 1 de febrero de 2002, no vinculaban absolutamente al legislador Salas Díaz con la posible comisión de algún hecho delictivo.

Todo lo anterior revela con claridad que al momento de dictar la providencia de 1 de febrero de 2002, el Procurador General de la Nación tenía conocimiento que estaba ayuno de pruebas para investigar las cuentas bancarias del legislador Salas y relacionarlas con los hechos denunciados por el legislador Afú.

A través del mandato constitucional, el Código Judicial regula y autoriza a los agentes del Ministerio Público a investigar delitos, pero con controles. Así tenemos que está autorizado para realizar todas las diligencias para acreditar el hecho punible y vincular a los posibles autores. Pero esa atribución tiene límites. Y uno de esos límites radica en que el funcionario de instrucción debe ejercer medidas individualizadas en contra de un sujeto o un ciudadano. Si el funcionario de instrucción realiza diligencias para investigar la vida privada de un sujeto, solicita la comparecencia de sus amistades, interviene medios de comunicación, realiza diligencias de allanamientos a empresas o residencias de una persona o le solicita a entidades bancaria sobre el estado de sus cuentas bancarias, no se tratan de simples diligencias. Estamos en presencia de un señalamiento directo que hace el funcionario de instrucción contra una persona. Y esas actuaciones son arbitrarias si el funcionario de instrucción no las fundamenta con una resolución judicial a través de la cual le formula los cargos contra un sujeto o un ciudadano. Cabe señalar que el Pleno de la Corte Suprema se ha pronunciado sobre estos excesos del Ministerio Público, como podemos apreciar en la resolución de 19 de noviembre de 2001.

Un aspecto es que la Constitución Nacional establezca al Ministerio Público el marco de ejercicio de un derecho, y otro asunto es que debe cumplir correctamente ese ejercicio al obedecer las leyes orgánicas que regula su conducta. Por lo tanto, hubo conciencia y voluntad del Procurador General de la Nación para ejecutar una conducta significativa para el ordenamiento penal; una arbitrariedad, un exceso que vulneró el derecho Jacobo Salas de conocer, de acuerdo al debido proceso, de una acusación formal en su contra.

En consecuencia, el Procurador General de la Nación había actuado de manera arbitraria al proferir la providencia de 1 de febrero de 2002, pues no había recabado prueba que vinculara al legislador Salas con el hecho punible.

Este detallado examen del expediente nos llevó al convencimiento que existían las pruebas suficientes para acreditar el hecho punible, y también para comprobar la vinculación del Procurador General de la Nación con la comisión del delito contra la administración pública, particularmente el delito de abuso de autoridad.

Con tales antecedentes, que expusimos durante el debate plenario sobre la calificación de las sumarias, jurídicamente no era posible apoyar la postura mayoritaria del Pleno de la Corte Suprema de ordenar el sobreseimiento definitivo objetivo e impersonal de las sumarias, porque la investigación no estaba completa, y lo que correspondía era perfeccionar el sumario.

A todo lo anotado debemos agregar que el Procurador General de la Nación inició el examen de las cuentas bancarias de los 71 Legisladores de la República, sin investigar previamente quienes había intervenido en la votación para la aprobación del contrato-ley; sin tomar en consideración si algún legislador principal o alguno de sus dos suplentes había intervenido en la votación. Cabe destacar que, la Asamblea Legislativa, mediante resolución No. 39 de 30 de junio de 2003, dejó sin efecto todas las iniciativas realizadas por el Procurador General de la Nación para investigar a los Legisladores de la República porque, entre otras consideraciones, "Los elementos probatorios presentados por el Ministerio Público fueron genéricos y no especificaban imputaciones personales contra los Legisladores..." (Cf. G.O 24,837 de 4 de julio de 2003).

Por lo tanto, en esta causa penal había bases suficientes para ordenar la ampliación de la investigación, y proceder a receptarle declaración indagatoria al Procurador General de la Nación, como presunto autor del delito que consagra el Capítulo IV, Título X, Libro II del Código Penal. Y concluida esa etapa de ampliación, al Pleno de la Corte le hubiese correspondido calificar el cuaderno penal a los efectos de establecer si había méritos o no para abrir causa criminal contra el licenciado José Antonio Sosa Rodríguez, en su condición de Procurador General de la Nación.

Las consideraciones que se dejan expuestas nos conducen a salvar nuestro voto, en la presente resolución judicial.

Fecha Ut Supra.

Jurisprudencia sobre intervenciones telefónicas.

DENUNCIA FORMULADA POR EL LICENCIADO JORGE LUIS LAO, CONTRA EL LICENCIADO JOSÉ ANTONIO SOSSA, PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN, POR EL SUPUESTO DELITO DE ABUSO DE AUTORIDAD.

MAGISTRADO PONENTE: ROGELIO A. FABREGA Z.

FECHA: PANAMÁ, ONCE (11) DE NOVIEMBRE DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y NUEVE (1999).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. PLENO.

VISTOS:

El Pleno de la Corte Suprema de Justicia, ha recibido del despacho de la señora Procuradora de la Administración, la Vista N° 348 de 22 de julio de 1999, dentro del expediente contentivo de la denuncia interpuesta por el licenciado JORGE LUIS LAU, en su condición de Juez Tercero del Circuito, Ramo Civil de Panamá, contra el señor Procurador General de la Nación, licenciado JOSÉ ANTONIO SOSSA RODRÍGUEZ, por la supuesta infracción de las disposiciones contenidas en el Capítulo IV, Título X, del Libro II del Código Penal.

Sometido el expediente al reparto de rigor, el Magistrado Sustanciador asume el conocimiento del mismo, iniciando, en primera instancia, un recuento de los antecedentes que originaron el negocio en estudio.

ANTECEDENTES

La denuncia formulada por el licenciado JORGE LUIS LAU, funcionario del Órgano Judicial, contra el señor Procurador General de la Nación, licenciado JOSÉ ANTONIO SOSSA RODRÍGUEZ, tuvo como fundamento fáctico lo siguiente:

"Primero: El día 2 de marzo de 1998, el Procurador General de la Nación, Licenciado José Antonio Sossa, solicitó la intervención, por el término de un mes, del número de teléfono 262-2372, perteneciente a mi despacho judicial, mediante Oficio No. PGN-SS-314-97, dirigido al señor Troyd Todd, entonces Gerente General de Cable & Wireless Panamá, indicando que "Lo anterior se requiere para que conste como prueba en investigaciones que adelanta el Ministerio Público."

Segundo: Un mes después, o sea el día 3 de abril de 1998, el Licenciado José Antonio Sossa, en su condición de Procurador General de la Nación, envió al Licenciado Alejandro Moncada, Director General de la Policía Técnica Judicial, la nota PGN-SS-317-98, mediante la cual le solicitó que ordenara a la Unidad de Vigilancia Electrónica el seguimiento de las actividades del suscrito, en mi condición de Juez Tercero del Circuito Civil, con los abogados litigantes.

Tercero: En el documento citado en el hecho anterior, el licenciado José Antonio Sossa, Procurador General de la Nación, indicaba que había recibido, "un importante volumen de información" en relación a supuestas actividades delictivas del JUEZ JORGE LUIS LAU, en las cuales este (sic) promueve la venta de Resoluciones judiciales entre los abogados litigantes". (El subrayado es nuestro).

Cuarto: Que conforme lo establece el artículo 2059 del Código Judicial 'el sumario se iniciará con una diligencia denominada cabeza de proceso, en la cual se declarará abierta la investigación y se ordenará la práctica de la actividad procesal que previene la ley'. Esto significa que para que se iniciara cualquier práctica de la actividad procesal, se requería previamente que se hubiera declarado abierta la investigación sumarial, sin la cual, obviamente, no podría ordenarse la práctica de una diligencia tan excepcional en materia probatoria como lo es la intervención telefónica.

Quinto: Que el precitado artículo del Código Judicial, en el párrafo final, al referirse a la diligencia denominada cabeza de proceso establece que 'En esta diligencia se expresará además, el modo como ha llegado a conocimiento del funcionario de instrucción el hecho de que se trata' (el subrayado es nuestro). Conforme esta disposición resulta obligatorio que en la diligencia cabeza de proceso el señor Procurador General de la Nación haya dejado claramente expresado el modo como llegó a su conocimiento lo que sostiene en la nota de 3 de abril de 1998 que le dirigiera al Licdo. Alejandro Moncada, Director de la Policía Técnica Judicial (P. T. J.) En la que aseveró que se había

recibido 'un importante volumen de información en relación a supuestas actividades delictivas del JUEZ JORGE LUIS LAU, en las cuales este (sic) promueve la venta de Resoluciones Judiciales entre los abogados litigantes. Como podrá observar la Honorable Señora Procuradora de la Administración, en la referida nota el señor Procurador General de la Nación confiesa que había recibido 'un importante volumen de información en relación a supuestas actividades delictivas del JUEZ JORGE LUIS LAU ...' lo que significa, según sus propias palabras que lo único que había recibido era un importante volumen de información en relación a supuestas actividades delictivas' y de ninguna forma aclaró, manifestó o advirtió que los procedimientos judiciales que existen para este fin, es decir, ni que se había iniciado o dictado la diligencia denominada cabeza del proceso que no sólo debió declarar abierta la investigación por el supuesto delito por el que se me investigaba, sino que tampoco explicó el modo y la forma en que le había llegado a su conocimiento el supuesto hecho ilícito que se ordenaba investigar, tal como lo exige el artículo 2059 del Código Judicial.

Sexto: La Ley 23 de 30 de diciembre de 1986, conforme quedó reformada por la ley 13 de 27 de julio de 1994, señala en su artículo 26 que 'Cuando existan indicios de la comisión de un delito grave, el Procurador General de la Nación, podrá autorizar la filmación o la grabación de las conversaciones y comunicaciones telefónicas de aquéllos que estén relacionados con el ilícito, con sujeción a lo que establece el Artículo 29 de la Constitución Política ...'

Séptimo: Que con su actuación, el Licenciado José Antonio Sossa, Procurador General de la Nación, no solamente trasgredió sus funciones, sino que incurrió claramente en la comisión de delitos tipificados en nuestro ordenamiento penal, sobre los cuales argumentaré a continuación:

Frente al hecho concerniente al abuso de autoridad configurado en el artículo 336 del Código Penal, debo indicar que éste se dio a causa o como consecuencia de su ilegítima autoridad para ordenar la intervención del teléfono de mi despacho judicial, con intenciones oscuras, pretendiendo manchar el buen nombre del Órgano Judicial, utilizando como argumento inventadas actividades delictivas, supuestamente, según él, realizadas por el suscrito con los abogados litigantes del país, sin la existencia de un sumario abierto, sino -como el mismo lo confiesa en su nota de 3 de abril de 1998 'Hemos recibido un importante volumen de información en relación a supuestas actividades delictivas ...'. " (Cf. F. 2-9)." (fs. 216-219)

Como "prueba sumaria", el denunciante aportó copia de los documentos que se transcriben a continuación:

"1. Nota PGN-SS-314-97 de 2 de marzo de 1998, dirigida al señor Troy Todd, Gerente General de Cable & Wireless Panamá, por el Licenciado JOSE ANTONIO SOSSA, Procurador General de la Nación, mediante la cual solicita la intervención del teléfono de mi despacho judicial.

2. Nota PGN-SS-317-98 de 3 de abril de 1998, remitida al Licenciado Alejandro Moncada, Director de la Policía Técnica Judicial, por el

Procurador General de la Nación, Licenciado JOSE ANTONIO SOSSA, con la cual solicita la intervención de la unidad de vigilancia electrónica, para darle seguimiento a mis actividades, supuestamente delictivas, como Juez Tercero del Circuito Civil de Panamá." (f. 10)

Por último, se aprecia en la denuncia formulada, la petición ante la señora Procuradora de la Nación, de una diligencia de inspección ocular al Despacho del señor Procurador General de la Nación; contenido de un cuestionario visible a fojas 12-14; así como también la solicitud de que se reciba declaración jurada del gerente general de la empresa Cable & Wireless Panamá, sobre la recepción de la Nota PGN-SS-314-97 de 2 de marzo de 1998; y del Director General de la Policía Técnica Judicial, con respecto a la Nota PGN-SS-317-98 de 3 de abril de 1998.

Como fundamento de derecho invocó el denunciante el artículo 348, ordinal 12, 2468, 2470, 2473 y 2259 del Código Judicial. Artículo 336 del Código Penal y artículo 26 de la Ley 23 de 30 de diciembre de 1986.

Mediante providencia de 23 de marzo de 1998, (f. 18), la Procuradora de la Administración, declaró abierta la investigación y ordenó la práctica de todas las diligencias que guardan relación con el hecho denunciado, de conformidad con el numeral 12 del artículo 348 del Código Judicial. Dentro de las atribuciones que le otorga la norma citada, la señora Procuradora de la Administración, dispuso recibir declaración por medio de Certificación Jurada del señor Procurador General de la Nación, en la providencia de 24 de marzo de 1999, obrante a foja 31 del expediente principal.

Con respecto a lo anterior, se aprecia de fojas 91 a 109 del expediente, la contestación de parte del señor Procurador General de la Nación, licenciado JOSÉ ANTONIO SOSSA RODRÍGUEZ, con relación al traslado que se le hiciera del cuestionario remitido por la señora Procuradora de la Administración.

En los descargos realizados por el señor PROCURADOR GENERAL DE LA NACION, y que han sido citados en la Vista de la PROCURADORA DE LA ADMINISTRACIÓN, el Pleno se referirá a los puntos medulares del mismo:

1. Que el denunciado no ha ordenado instruir sumario contra JORGE LUIS LAU CRUZ.
2. Que en el despacho que él dirige se verificó la diligencia de interceptación telefónica denunciada, debidamente motivada, y que en diversos despachos del MINISTERIO PÚBLICO se le ha dado el trámite correspondiente por denuncias presentadas por abogados de la localidad en contra del Juez JORGE LUIS LAU CRUZ.
3. Como consecuencia de lo anterior, giró el Oficio PGN-SS-317-98 de 3 de abril de 1998 al licenciado ALEJANDRO MONCADA, en carácter de Director de la POLICÍA TÉCNICA JUDICIAL, por el cual solicitaba "el seguimiento de las actividades del Juez Tercero de Circuito Civil JORGE LUIS LAU CRUZ con abogados litigantes". Que ese despacho no recibió reporte sobre la diligencia solicitada, la cual es de uso frecuente en las investigaciones preliminares y que dicha actividad está reglamentada en la Resolución No.

7 de 16 de abril de 1997 dictada por la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN y publicada en la Gaceta Oficial No. 23,272 de 23 de abril de 1997.

4. Que, en efecto, remitió Oficio PGN-SS-314-98 de 2 de marzo de 1998 al Gerente General de Cable & Wireless en procura que se interviniera el número telefónico 262-2372. Considera que se trata de un bien público, puesto a disposición del Juez "para actividades oficiales, es decir, públicas".

POSICIÓN DE LA PROCURADORA DE LA ADMINISTRACIÓN

Estima la señora Procuradora que en el presente caso, se encuentra de por medio la garantía constitucional del derecho a la intimidad, consagrada en el artículo 27 de la Constitución Nacional y dado los graves señalamientos que se le hacen al señor Procurador General de la Nación por parte de un funcionario del Órgano Judicial (Juez de Circuito), debió ponerse en conocimiento del caso al Magistrado Presidente de la Corte Suprema de Justicia, a objeto de coordinar las acciones a seguir. No obstante lo anterior, expresa la funcionaria que ello no debe interpretarse como si se necesitare de una aprobación por parte de la Corte para que el funcionario de instrucción, en este caso, el Procurador General de la Nación, inicie las investigaciones pertinentes.

Así tenemos que la señora Procuradora señala que del exhaustivo análisis de la situación jurídica planteada, así como las piezas procesales recabadas, se desprende que la conducta desplegada por el representante del Ministerio Público está enmarcada "dentro de las facultades legales que le confiere la Ley No° 23 de 30 de diciembre de 1986, por consiguiente, no constituye delito" (f. 226). El artículo 26 de la ley antes indicada, es del tenor literal siguiente:

"Artículo 26: Cuando existan indicios de la comisión de un delito grave, el Procurador General de la Nación podrá autorizar la filmación o la grabación de las conversaciones y comunicaciones telefónicas de aquellos que estén relacionados con el ilícito, con sujeción a lo que establece el artículo 29 de la Constitución Política.

Las transcripciones de las grabaciones, se harán en un acta en la que sólo se incorporará aquello que guarde relación con el caso investigado y será refrendado por el funcionario encargado de la diligencia y por su superior jerárquico."

Opina la señora Procuradora de la Administración, en la Vista aludida, que la norma transcrita faculta al señor Procurador General de la Nación, para la intervención del teléfono ubicado en el Despacho del denunciante, y que lo hizo efectivo en virtud de las informaciones que recibiera ese despacho, las que supuestamente podían configurar delito de corrupción.

Se refiere también la señora Procuradora al Oficio N° DG-01-042-99, de 23 de marzo de 1999, remitido por el licenciado ALEJANDRO MONCADA, en su carácter de Director de la Policía Técnica Judicial, que confirma la orden recibida, vía fax, del Oficio PGN-SS-317-98 de 3 de abril de 1998, por la cual se solicitaba el seguimiento de las actividades

desplegadas por el denunciante. Con respecto a la misma, se cita en la Vista comentada, las fojas 110 y 111 relativas al Informe Secretarial y refrendada por el titular del cargo, y que guardan relación con las supuestas actividades del denunciante.

De otro lado, manifestó la señora Procuradora que,,,

"La realidad procesal y material no permite sostener, que el Procurador General de la Nación, hubiese actuado al margen de sus facultades, por lo que la tesis esgrimida por el Querellante, carece de sustento jurídico, al quedar demostrado, que lo que dio inicio el funcionario, fue a la investigación previa a la instrucción sumarial, con la finalidad de recabar los elementos mínimos, que permitieran acreditar la existencia del hecho punible, y atender lo que establece el artículo 2059 del Código Judicial, pues se encontraba en la fase inicial de la investigación." (fs. 230-231)

Por tanto, estima dicha funcionaria que de la investigación realizada no se ha demostrado que el señor Procurador General de la Nación haya transgredido sus funciones, ni tampoco haya incurrido en el delito tipificado en el artículo 236 del Código Penal, de "Abuso De Autoridad". Adicional a ello, estima la Procuradora que las copias aportadas por el denunciante, carecen de idoneidad legal para ser consideradas como pruebas sumarias, por tratarse de copias simples, sin cumplir los requisitos de ley.

La señora Procuradora de la Administración, solicita a esta Corporación de Justicia, se dicte SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO, de carácter objetivo e impersonal a favor del licenciado JOSÉ ANTONIO SOSSA RODRÍGUEZ, con fundamento al numeral 2 del artículo 2210 del Código Judicial, en base a que no se ha logrado demostrar la comisión de los delitos denunciados por el licenciado JORGE LUIS LAU.

POSICIÓN DEL PLENO

Es labor del Pleno de la Corte Suprema de Justicia, determinar si se ha dado, en el presente caso, abuso de autoridad por parte del señor Procurador General de la República en perjuicio del denunciante, licenciado JORGE LUIS LAU.

De la exposición fáctica del denunciante se desprende que el mismo se ha visto afectado en la privacidad de las conversaciones telefónicas en el Despacho que ocupa como Juez Tercero del Circuito Civil de Panamá. De igual manera, estima que las intervenciones telefónicas deberán darse, en casos excepcionales, previo la instrucción sumarial en base a serios y concretos indicios de la comisión de un delito, lo que, supuestamente, no se ha cumplido en la investigación que se le sigue.

El Pleno comparte la opinión vertida por la Procuradora de la Administración, con respecto a la facultad que le atribuye la Ley 23 de 30 de diciembre de 1986, en su artículo 26. al señor Procurador General de la Nación y cuyo texto literal fue transcrito anteriormente.

Por ello, nos referiremos a las constancias de autos, que guardan relación con las actuaciones de la funcionaria donde se tramitó originalmente la denuncia, conforme lo pauta el artículo 348 del Código Judicial. Así, tenemos el oficio DPA-1990/99 de 23 de marzo de 1999, remitido por la señora Procuradora de la Administración al señor Director General de la Policía Técnica Judicial (fs. 19-20). Así como también el Oficio DPA-1991/99 remitido al Gerente de Cable & Wireless, en las cuales solicitaba información sobre los oficios remitidos por el señor PROCURADOR GENERAL DE LA NACION a esas oficinas y en qué consistían las instrucciones giradas.

Con respecto al primer oficio, observa el Pleno la contestación efectuada por el licenciado ALEJANDRO MONCADA, Director General de la Policía Técnica Judicial, sobre el cual nos referiremos brevemente:

Admite el señor Director de la POLICÍA TÉCNICA JUDICIAL que recibió el oficio remitido por el señor PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN, así como también recibió por fax el que le fuera enviado al Gerente General de CABLE & WIRELESS, con las instrucciones de intervención al teléfono ubicado en el despacho del JUEZ TERCERO DE CIRCUITO CIVIL; que en dicha diligencia designó a su asistente, licenciado JOSÉ ANTONIO PÉREZ, quien le mantenía informado diariamente sobre los informes obtenidos.

Expresa el informe que dando cumplimiento a lo previsto en el artículo 26 de la Ley 23 de 1986, procedió a levantar el acta respectiva "haciendo constar que después de escuchadas las grabaciones efectuadas al número de teléfono 262-2372 perteneciente al despacho judicial del señor JORGE LUIS LAU CRUZ, no se logró ningún indicio o prueba que indicara que éste tuviera participación en actividad delictiva alguna. Adjunto remito a usted copia debidamente autenticada del acta en mención". (Fs. 23-25)

Con respecto a lo anterior observa el Pleno a foja 28 del expediente principal, el Acta de Transcripción a que se refiere el informe anteriormente comentado. De igual forma, consta a foja 110 el Informe Secretarial de la Procuraduría General, refrendado por el titular del cargo, licenciado JOSÉ MARIA CASTILLO V., sobre denuncias realizadas ante ese despacho por supuestas actividades del denunciante; así como también la providencia dictada por el señor Procurador General de la Nación, por la cual dispone decretar la intervención de las llamadas del teléfono 262-2372, correspondiente al despacho del señor Juez Tercero de Circuito, Ramo Civil, ordenándose en la misma, lo pertinente a Cable & Wireless.

La providencia en cuya virtud el Procurador General de la Nación decretó la intervención telefónica, visible a foja 111, de 2 de marzo de 1998, es del siguiente tenor:

"PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. PANAMA, DOS (2) DE MARZO DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y OCHO (1998).

A través de informes de inteligencia se ha recibido información sobre la comisión de hechos que pueden constituir conducta ilícita, los que se originan en la sede del Juzgado Tercero de Circuito, Ramo Civil y, como quiera que se hace difícil la comprobación de tales hechos por otros medios,

debido a la naturaleza y la gravedad que los mismos revisten, y haciéndose necesario tomar las medidas que permitan comprobar los informes aludidos, es por lo que se Dispone: Decretar la intervención de las llamadas del teléfono 262-2372, que corresponde al despacho del Juzgado Tercero de Circuito, Ramo Civil, de conformidad con lo previsto en el artículo 21B de la Ley 23 de 30 de diciembre de 1986, adicionado por la Ley 13 de 27 de junio de 1999, por lo cual se procede a girar la orden pertinente a la empresa Cable & Wireless.

CUMPLASE.

EL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN.

(FDO.)

Lic. José Antonio Sossa Rodríguez

EL SECRETARIO GENERAL

(FDO.)

Lic. José María Castillo V. 2 (f. 111)

Se desprende de la transcripción realizada y del informe secretarial visible a foja 110, que el señor Procurador General de la Nación ha dado cumplimiento a los requisitos que, por vía jurisprudencial, ha señalado este Pleno para estos casos, es decir:

1. Que la injerencia se encuentre prevista en la ley y el acto revestido de formalidades legales.
2. Que lo autorice la autoridad competente.
3. El deber de especificar claramente su propósito.
4. Guardar absoluta reserva sobre los aspectos distintos al objeto de la filmación o grabación de las conversaciones o comunicaciones telefónicas.
5. Que existan serios y concretos indicios de la comisión de un delito.
6. Que se trate de un delito grave.

Es menester, estima adicionalmente el Pleno, que los delitos sean idóneos para permitir la intervención telefónica por el Procurador, es decir, que sean delitos graves, que se encuentren tipificados para estos efectos por una disposición legal, como así en efecto ocurre en la presente circunstancia, en virtud de lo señalado por el artículo 101-C del Código Judicial, adicionado por el artículo 8º de la Ley N° 32, del 23 de julio de 1999.

Consta también en autos que la señora Procuradora dictó providencias, a objeto de que la Fiscalía Primera Superior y el Segundo Tribunal Superior de Justicia (fs. 207 y 210, respectivamente), remitieran a ese despacho las sumarias que se instruyen contra el licenciado JORGE LUIS LAU, recibándose al efecto el Oficio N° 1120 de 14 de mayo de 1999 de parte del señor Fiscal Primero Superior del Primer Distrito Judicial de Panamá (f. 211).

En el denominado "Abuso de Autoridad" o "Abuso de Cargo", contemplada en el artículo 336 del Código Penal, señala la doctrina que se prevé tres conductas típicas distintas:

1. Dictar resoluciones u órdenes contrarias a la Constitución y a la Ley.
2. Ejecutar las órdenes contrarias a dichas disposiciones; y,
3. No ejecutar las Leyes cuyo cumplimiento incumbe al funcionario.

Al efecto se expresa que en la primera forma:

"... se viene señalando desde Carrara que el acto de dictar resoluciones u órdenes es abusivo en dos supuestos, cuando ello importa una facultad que ni las constituciones ni las Leyes atribuyen al funcionario porque expresamente ha sido prohibida o no ha sido concedida a funcionario alguno y cuando la autoridad del funcionario, si bien se apoya en una facultad concedida por la Ley, en el caso concreto se la ejerce arbitrariamente, por no darse los presupuestos de hecho requeridos para su ejecución. Para concretar, se ha dicho que en el primer caso la resolución o la orden es jurídicamente imposible, mientras que en el segundo es arbitraria. La enunciación legal de resoluciones u órdenes ha planteado a los tratadistas la necesidad de distinguirlas; aunque ambas son actos administrativos de igual naturaleza, la resolución en el art. 248 expresa la existencia de un acto instrumentado en función de la reglamentación o de la decisión de un caso particular al margen de ella, mientras que la orden es una comunicación a que se actúe o se deje de actuar de una determinada manera".

Código Penal de Panamá. Aspectos Doctrinales. Jurisprudencias de la Corte Suprema de Justicia y Segundo Tribunal Superior de Justicia del Primer Distrito Judicial de Panamá, clasificada de acuerdo al articulado. Normas de la Constitución Política. Normas Penales de los Tratados Torrijos-Carter. Código de Bustamante. Convención Americana sobre Derechos Humanos, Apéndice Legislativo Actualizado. La Edición 1994, Editorial Jurídica Bolivariana, PANAMA, Rep. de PANAMA, págs. 432-433.

Por su parte, en la obra "Derecho Penal Especial" del autor colombiano WILLIAM A. MORENO BRAND, se analiza la estructura del "Abuso del Poder", señalándose que la misma trata de un exceso de autoridad específico e innominado, expresado en dos formas tipificadas: el abuso funcional o total y el acto extralimitado.

"El abuso de autoridad se comete por quien tiene autoridad pública y esto implica el título de funcionario y un grupo de funciones adscritas a este título. Cometer, que es el verbo rector de la disposición, indica dos posibilidades y en último término solamente una: Que el autor sea arbitrario o injusto con terceros, pero teniendo la voluntad de dirigir abusivamente su poder en perjuicio ajeno, sea que actúe por sí mismo o mediante la actividad de otra persona o de alguna cosa no humana, como sería el empleado que

maneja una computadora ordenada para producir datos contrarios que perjudiquen a otros."

(WILLIAM A. MORENO BRAND, "Derecho Penal Especial", Editores Wilches, Cali Colombia, 1987: Pág. 137)

Por ello, requiere que la actuación de parte del sujeto activo sea a través de un empleado oficial; que éste cometa acto arbitrario o ilícito; que lo haga con ocasión de sus funciones o excediéndose en el ejercicio de ellas y, por último, que el acto arbitrario no esté especialmente previsto como delito.

Si bien la acción de abuso de autoridad se comete por quien tiene autoridad pública, ello implica el título de funcionario, así como las funciones adscritas a dicho título. Por tanto, las actuaciones del autor deberán ser arbitrarias o injustas con terceros, pero teniendo la voluntad de dirigir abusivamente su poder en perjuicio ajeno, ya sea que actúe por sí mismo o mediante la actividad de otra persona.

En la obra comentada se cita al autor Bernal Pinzón, el cual hace una diferencia entre lo injusto, ilegal o arbitrario, de la siguiente manera:

"Lo 'ilegal' es lo que se opone a la ley violando su sustancia o su forma.

Lo 'arbitrario' es el acto nacido no de la ley sino de las pasiones del funcionario, de sus debilidades e imprudencia; y, la injusticia, es lo que resulta de la ilegalidad".

(Derecho Penal Especial. William A. Moreno Brand. Wilches Editora Cali, Colombia, 1987, págs. 137-138)

Significa, pues, que para que se de la concurrencia del abuso deberá dolosamente verificarse con ocasión de las funciones del autor, es decir, ejerciéndolas en forma indebida, injusta o arbitraria o sin facultad legal y resultado de un acto caprichoso sin sustento legal, cuya única motivación ha de ubicarse en la voluntad del funcionario, sin referir dicha actuación a conducta legal alguna.

Cita también la obra comentada, un fallo de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, en la cual se consideró que una arbitrariedad penalmente inocua no es punible:

"... para que se infrinja el art. 191 (hoy 152), es menester que el acto arbitrario o injusto vaya en detrimento de una persona o de una propiedad. Y en el proceso debe aparecer demostrado qué causó ese perjuicio para que pueda haber lugar a deducir responsabilidad contra el funcionario con violación de dicha norma×. (f. 139).

El Pleno estima que la investigación realizada por la señora Procuradora de la Administración, aunada a las constancias obrantes en el proceso, es indicativo que el denunciado no ha transgredido sus funciones; ni ha actuado en forma arbitraria, por tanto, no ha incurrido en la comisión de delitos tipificados en el Código Penal, específicamente el imputado por el denunciante, esto es, "ABUSO DE AUTORIDAD", contemplado en el artículo 336 de dicha excerta legal.

Con respecto a lo anterior, el representante del Ministerio Público señaló en la diligencia de descargo que la interceptación del teléfono 262-2372, correspondiente al Juzgado Tercero de Circuito de Panamá, Ramo Civil, cuyo titular es el licenciado JORGE LUIS LAU CRUZ, se hizo mediante decisión motivada, el 2 de marzo de 1998, debido a información recibida durante los meses de febrero y marzo de 1998, que daban cuenta de la existencia de "indicios" que, a su juicio resultaban muy serios, "provenientes de un número plural de profesionales del derecho, en el sentido de que el comportamiento del Juez JORGE LUIS LAU CRUZ, en razón de su cargo público, era constitutivo de hecho que configuraban el delito de corrupción de funcionario público" (f. 92). Se refiere también el denunciado a informaciones de fuentes de inteligencia "confiables y serias, además de un testimonio adicional que a la vez, requirió actuación de nuestra parte, y que por estimarlo de tal calidad, en cuanto a honor y prestigio, nos llevó a la convicción, junto al cúmulo abundante de indicios preexistentes y la gravedad del delito de corrupción ..." (f. 93). Que por tal razón remitió al licenciado ALEJANDRO MONCADA el oficio PGN-SS-317-98 de 3 de abril de 1998, donde solicitaba el "seguimiento de las actividades del Juez Tercero del Circuito Civil JORGE LUIS LAU CRUZ, con abogados litigantes" (f. 94).

En cuanto al oficio PGN-SS-314-98 de 2 de marzo de 1998, dirigido al señor Troy Todd, Gerente General de Cable & Wireless, con la finalidad de intervenir el teléfono ubicado en el despacho del señor Juez, manifestando el señor Procurador que el mismo es un bien público, puesto a disposición de dicho funcionario para las actividades propias de ese despacho.

El artículo 26 de Ley N° 23 de 30 de diciembre de 1986, faculta al señor Procurador a ordenar la "grabación de las conversaciones y comunicaciones telefónicas", tal como lo realizara mediante la nota N° PGN de 23 de marzo de 1999 dirigida al licenciado ALEJANDRO MONCADA, en su condición de Director de la Policía Técnica Judicial, y debidamente enlazada con la compañía telefónica Cable & Wireless, sin exigir que la intervención se realice necesariamente en el curso de una investigación sumarial, sino como un mecanismo preliminar idóneo para determinar la comisión de actos delictivos de tal magnitud para acudir a la apertura formal de la investigación sumarial.

Por otra parte, estima el PLENO justificadas las razones que tuvo el representante del Ministerio Público, para iniciar la investigación, debido a varias denuncias realizadas ante su Despacho y los indicios presumiblemente graves, señalados contra el denunciante. La propia norma prevé la autorización de la interceptación de las llamadas telefónicas, lo cual se hizo a través de la autoridad competente (Director de la Policía Técnica Judicial), en coordinación con la compañía telefónica (Cable & Wireless), y en providencia razonada.

El resultado de dicha investigación, se refleja en la transcripción del acta, la cual está refrendada por el funcionario encargado, Inspector JOSE A. PEREZ, y por su superior jerárquico, licenciado ALEJANDRO MONCADA. La parte medular de la mencionada acta, refleja lo siguiente:

"Luego de escuchadas las grabaciones efectuadas sobre el número telefónico antes mencionados, no se pudo obtener ningún indicio o prueba que señale

la comisión del delito por el cual se investiga al señor Juez LAU CRUZ, así como tampoco de ningún otro tipo de hecho punible.

En virtud de lo cual, y como quiera que el citado artículo 26 de la Ley 23 de 1986 exige que se transcriban únicamente aquellas conversaciones que guarden relación con el caso investigado, no se hace la transcripción del contenido de las llamadas ya que las mismas no guardan relación con ningún hecho criminal" (f. 28).

El hecho "arbitrario" y no clasificado en la ley penal que le atribuye el denunciante al señor Procurador General de la Nación, queda demeritado con la actuación que tuvo este último en la investigación preliminar, por tanto, no puede atribuírsele que, con dicha actuación, se incurriera en arbitrariedad alguna ni que hubiere ocasionado perjuicios al denunciante en el ejercicio de una facultad que el ordenamiento le confiere.

En cuanto a las "pruebas indiciarias" aportadas por el denunciante no son idóneas, pues se tratan de copias no autenticadas, no cumpliendo con el requisito establecido en el artículo 2471 del Código Judicial razón por la cual, y conforme lo previsto por el referido artículo del Código Judicial, no debió ser atendida, ordenándose su archivo. Sobre esta materia, existe abundante jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, y que han sido citadas en el fallo de 23 de abril de 1998.

En síntesis, es imperativo reiterar que las órdenes dictadas por el señor Procurador General de la Nación, en la intervención de las llamadas telefónicas del despacho del Juez JORGE LUIS LAU CRUZ, están enmarcadas dentro de las facultades que al efecto le otorgaba el artículo 26 de la Ley N° 23 de 30 de diciembre de 1986, y al no asistirle razón al denunciante, procede la declaratoria por parte de esta Corporación de Justicia, de una medida de sobreseimiento definitivo, objetivo e impersonal a favor del licenciado JOSÉ ANTONIO SOSSA RODRÍGUEZ, Procurador General de la Nación, por ser, en derecho, lo que corresponde.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, PLENO, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DECRETA SOBRESEER EN FORMA DEFINITIVA, OBJETIVA E IMPERSONAL en esta causa.

Notifíquese.

(fdo.) ROGELIO A. FÁBREGA Z.

(fdo.) HUMBERTO A. COLLADO.

(fdo.) MIRTZA ANGELICA FRANCESCHI DE AGUILERA

(fdo.) ARTURO HOYOS

(fdo.) EDGARDO MOLINO MOLA

(fdo.) ELIGIO A. SALAS

(fdo.) JOSE A. TROYANO

(fdo.) GRACIELA J. DIXON

(fdo.) FABIAN A. ECHEVERS

(fdo.) YANIXSA YUEN DE DÍAZ

Secretaria General Encargada.